



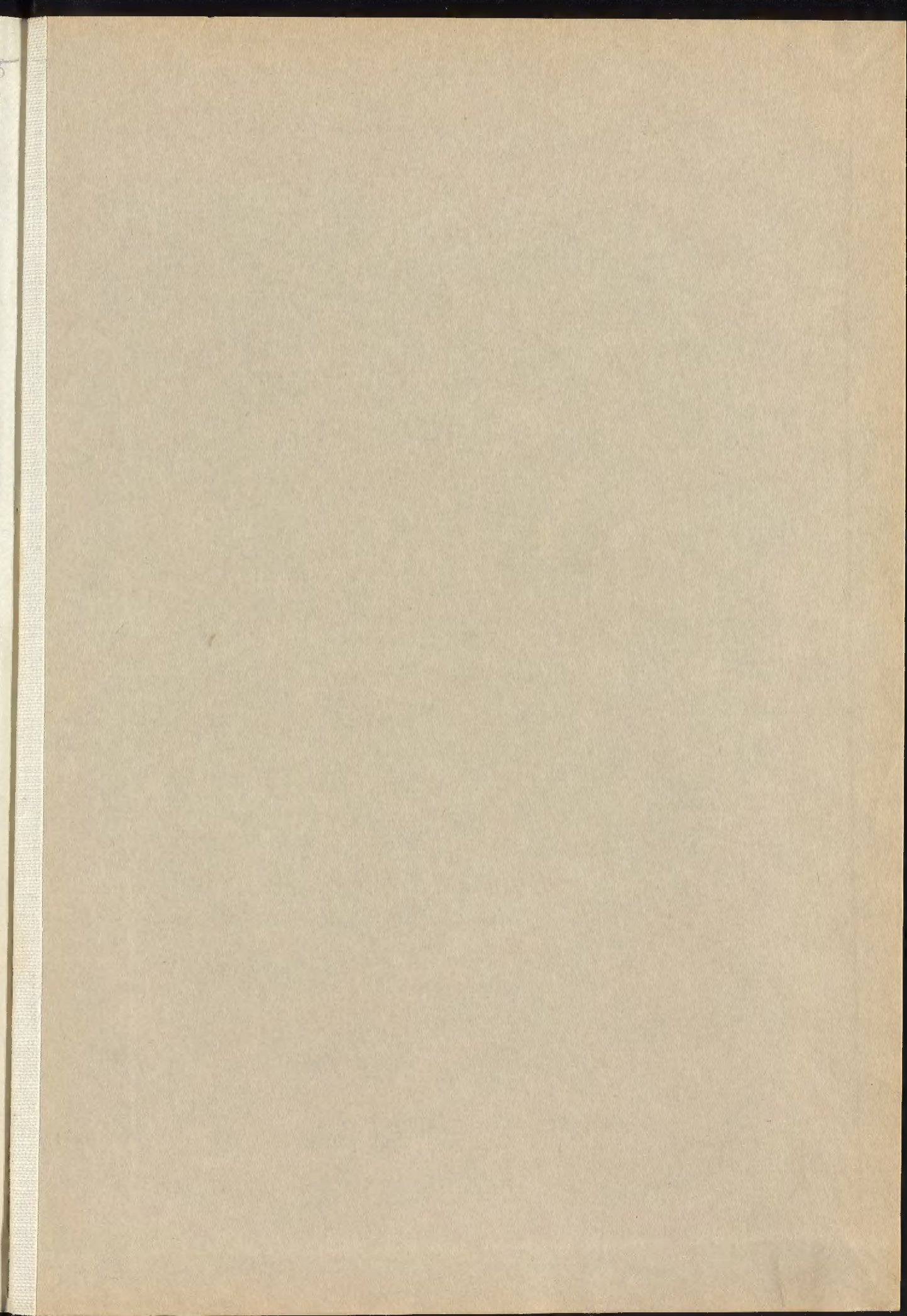
**Columbia University**  
**in the City of New York**  
LIBRARY



Bought from the  
**Alexander I. Cotheal Fund**  
for the  
**Increase of the Library**  
1896









# المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ  
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الحرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

## الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد  
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة ( أبي عبد الله احمد بن محمد بن  
حنبل الشيباني ) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

## الجزء الخامس

أشرف على تصحيحه وعلق عليه بعض الحواشي المتممة لتخريج أحاديثه

الشيخ محمد بن شبيب

نقش في مجلته

( تنبيه ) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي مزدوج

الطبعة الاولى في مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٧



# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كتاب الصلح

الصلح معاقدة يتوصل بها الى اصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينها قال الله

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَبِهِ نَسْتَعِينُ

## ( باب الصلح )

الصلح معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى ( وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ) وقال تعالى ( وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير ) وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وروى عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

( مسألة ) ( والصلح في الاموال فسمان أحدهما صلح على الافرار وهو نوعان ( أحدهما ) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو يعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه )

ومحالة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض العين وطلب منه الباقي صح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فعل ذلك قاض



تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفي الذي أصيب في حديثه ففر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى «يا كعب» قال لبيك يا رسول الله . فأشار إليه أن ضم الشطر من دينك . قال قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي ، قال ابن أبي موسى الصلح على الإقرار هضم للحق فحق أنزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له باسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعله صلحاً ، ولم يسم الخرق الصلح إلا في حال الإنكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاء من جنس حقه فهو وفاة وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحاً وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه ، وهو ينقسم إلى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الإبراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحاً لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ، وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بعوض سمي بيعاً وان خلا عن العوض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني بهيمة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف إليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثمانى حجج) وقوله (فهل نجعل لك خراجاً على أن نجعل بيننا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحاً



نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحاً فجاز تضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالـ كاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم البينة) لأنه تبرع وليس لهم التبرع فاما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالا لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وأكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وأبو حنيفة واسحاق ورووي عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به ، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانها تباعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بتمن مثلها ولعل ابن سيرين يحتج بان التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

ولما أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيع عشرة بعشرين فلم يجوز كما لو كانت معينة وفارق ما اذا كان من غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كبيع درهم بدرهمين ويفارق ما اذا اشترى العروض بتمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقيه صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلاً اختياراً منه وتبرعاً صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لمنعه من حقه بدونه او شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في اول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل اولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصالح عن دية الخطأ او قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ اكثر من قيمته كما لو باعه بذلك



الله ﷻ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا ان الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يحجز ان يصلح عنها باكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض او ثمن مبيع ولانه اذا اخذ اكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون اكل مال بالباطل (مسئلة) (وان صالحه بعرض قيمته اكثر منها جاز) لانه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا انه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبنى له فوفه غرفة لم يصح) اذا ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه او على ان يبنى له ثم على ان يسكنه سنة لم يصح لانه يصلحه عن ملكه على ملكه او منفعة وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء اخرجه منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فتي شاء انزعه منه لانه اعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذ به عقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكن الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آتته، وان اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز وان بنى الغرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلاتا فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بدني وأعطيك منه مائة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح) لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه . فعلى هذا برد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه ادائه بغير عوض (مسئلة) (وان صالح انسانا ليقرله بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح)

لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده فينكره فيصلحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقرله بالزوجية لانه صلح يحل حراما ولانها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يحجز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان

(احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لا فتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البض من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى يمثل ذلك ، وأنجعت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم ثبتت الزوجية باقرارها أو ببيينة فإن قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية فخالها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يحز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره ، وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يحز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه العبودية الى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح ) لانه يجوز أن يعق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه .

(النوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بنقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملا معلوما فتكون إجارة لها حكم سائر الاجارات فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الإجارة ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أمتة وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فان انفسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح نفيه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بزواج نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في مبيعها فتبين أنه ليس بعيب رجعت بارشه لا بمهر مثلها )

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقها فان كان المعترف به عيبا في مبيعها فبان أنه ليس بعيب كعيب في عين العبد ظنته عيب رجعت بارشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها فان لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجعت عليها بارشه



الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يحجز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين)

وقد نهي الشارع عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمصالح استيفاء منفعة الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة صح عتقه لانه مملوك يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك نفعه لغيره فأشبه ما لو اعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تلتف منافعه بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو اعتق زمنا او مقطوع اليدين او امة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعا فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بمنفعته فأعتق صاحب الرقبة وكما لو اعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقضى زوال الملك عن المنفعة قلنا إنما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معينا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد عينه صح والحكم فيما اذا خرج مستحقا أو معينا كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحجز لانه ان كان الصلح مطلقاً أو بشرط التبقية لم يحجز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يحجز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع ما ليس ببيع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسم الارض اليه فارغة صح لان قاطم جميع الزرع مستحق لنصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطا القطع في

للصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوعان صلح على اقرار و صلح على انكار ولم يسم الخرق  
الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي  
الزرع ليس بمبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد

(مسئلة) (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحمد في  
الرجل يصلح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري  
ما هو، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز خبطة بقفيز شعير وطحننا فان عرف قيمة دقيق الخبطة  
ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن  
أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا يئنه لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه  
وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد  
منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصلح عليه  
وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا يئنه له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق  
فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقي فأنت منه في حل وقال الشافعي  
لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع والبيع لا يصح على مجهول

ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في موارث درست « استهما وتوخيا  
وليحلل احدهما صاحبه » رواه احمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول  
كالعتاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلا أن يصح مع الجهل اولى وذلك لانه  
اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراء أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو  
لم يحز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه  
منه ولا نسلم كونه فرع بيع وانما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع بيع فان البيع يصح في المجهول عند  
الحاجة كيبيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلّف رجل صبرة طعام لا يعلم  
قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح .  
اذا ثبت هذا فثني كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارث  
دائرة وحقوق سالفة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة  
من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يحز مع الجهالة ولا بد من العلم  
به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنعه وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فلما ما يمكنهما معرفته كتركه موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجبهه صاحبه فلا يصح



﴿مسئلة﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعمده المدعى عليه في صلحان على بعضه فإن كان يعلم ما عليه فجحدته فالصلح باطل)

وجملة ذلك أن الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومهم فإن قالوا فقد قال «إلا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه والاستقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه (الثاني) أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فإن الصلح القاعد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فاتهم ببيحون لمن له حق يجحدونه غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها، قال وإن ورث قوم مالا أو دورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بالف درهم أكره ذلك، ولا يشتري منها شيئا وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ماهو، إنما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ماهو؟ حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخرة لا يعلمه فيصالحه قائما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو ديناً فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعا في حق المدعي حتى أن وجد بما أخذه عينا فله رده وفسخ الصلح

الصلح على الإنكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومهم فإن قالوا فقد قال «إلا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا

(الفتاوى والشرح الكبير) (٢) (الجزء الخامس)

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلا أن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولا أنه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه أنه إذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلا أن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى وقولهم أنه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه في دفعه إلى المدعي شيئاً اقتداءً بيمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحسب كم فإن ذوي النفوس التريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمتنع الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وإن أخذ منه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراماً عليه الثاني أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فإن الصلح الفاسد يحل الحرام وإنما منعناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلا أن يحل برضاه وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلا أن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولا أنه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه أنه إذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلا أن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى، وقولهم أنه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه



لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعاً في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموقود شقصاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لانه دفع المال افتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقد فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقد على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعي عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها عن هي عنده فلم يكن بيعاً كاسترجاع العين المفصولة، فلما ان كان أحدهما كاذباً مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذباً فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشمره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبد أشهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقازاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً ان ما ادعاه حق والمدعي عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً افتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التذلل وحضور محاسن الحاكم فان ذوي الانفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ورون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم بذل أموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الذي يعتقد ثبوته فلا يمنع الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه أكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعاً في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره فان وجد بما أخذه عيباً فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً

(مسئلة) ( وان كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ماصولح

عنه بسبب ولا يؤخذ بشفعة )

اذا كان الذي أخذه المدعي شقصاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لانه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال افتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقد فيلزمه أيضاً حكم إقراره. فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده انه ما أخذ عوضاً وان كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقد على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وان كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل ولا يحل له مال المدعى بذلك وقد ذكره الحرقي في قوله وان كان يعلم ما عليه فجده فالصالح باطل يعني في الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانا لا نعلم باطن الحال وأما ينبغي الامر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل ودبعة أو قرضا أو تفرطا في ودبعة أو مضاربة فأنكره واصطاحا صح لما ذكرناه (فصل) وان صالح عن المنكر أجني صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي إنما يصح اذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صالح المنكر وقد ذكرناه ، ثم لا يخلو الصالح اما ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه لان قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فان عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازاه النبي ﷺ وان كان الصالح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصالح ولو دفع المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا ثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه واخذ عين ماله مسترجعا لها ممن هي عنده فلم يكن بيعا كاسترجاع العين المفصولة

(مسئلة) ( فان كان أحدهما عالما بكذب نفسه فالصالح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه ) متى علم أحدهما كذب نفسه كمن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للبال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله ، وان كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل لا يحل له مال المدعي بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانا لا نعلم باطن الحال إنما نبنى الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة ، ولو ادعى على رجل ودبعة أو قرضا أو تفرطا في ودبعة أو مضاربة فأنكره واصطاحا صح لما ذكرناه

(مسئلة) ( فان صالح عن المنكر أجني بغير اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين ) اذا صالح عن المنكر أجني صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي إنما يصح اذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صالح المنكر وقد ذكرناه . ثم لا يخلو الصالح ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه فان عليا وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازاه النبي صلى الله عليه وسلم وان كان الصالح عن



فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه أدائه وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أدائه الى المدعي فكيف يلزمه أدائه الى غيره؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاء محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه أدائه بعقد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى مالا لا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصالح باطلا لانه يشتري منه ما لم يثبت له ولم تتوجه اليه خصومة يفتدي منها فاشبهه ما لو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي ديناً

عين باذن المنكر فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه أدائه وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا الترخيص لا يصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أدائه الى المدعي فكيف يلزمه أدائه الى غيره؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما انه يجب له الرجوع بما ادعاه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها علماً بعجزه عن استيفاها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو بخير بين فسخ الصلح وامضائه إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لان يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انتزاعه استقر الصالح وان عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصالح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصالح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسداً لكونه متلاعبا بقوله معتقداً فساداً ومن لا يعلم يعتقد صححاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه

أولاً فان لم يعترف له فالصالح باطل لانه يشترى منه ما لم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يفتدي منها شبهه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه كان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم ان قدر على أخذه استقر الصالح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع الى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصالح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذها لم يصح الصالح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فأشبهه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسداً



(فصل) فإن قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح لأنه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتره بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك ولكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فإن صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم به بملكها فأما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها بإذنه فلا يقدر أنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل أنكاره وأما هو ظالم بالانكار الاجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بشمن في ذمته فإن إجازته لم يملكه وان لم يجزه لم يملكه من اشتراه وإن قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجده

(مسئلة) قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صالحاً لأنه هضم للحق)

وجملته أن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصالح باطل لأنه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساداً ومن لا يعلم بعقده صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فإن قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح لأنه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتره بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فإن صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي عليه بما أدى عنه وإن كان أذن له في الدفع وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فأما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها بإذنه

بعض ماله ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقررون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه فهو حرام أيضاً لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي إسحاق الصلح على الأقرار هضم للحق فحق ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل ، ولم يسم الخرق الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء وإن قضاه من غير جنسه فهي معاوضة ، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه وهو فعل ماعداً وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يعترف له بأحد الثقلين فيصالحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف بشرط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه (الثاني) أن يعترف له بعروض فيصالحه على أمان أو بأمان فيصالحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين فيصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فيكون ذلك اجارة لها حكم سائر الاجارات ، وإذا أنلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة

فلا يقدر إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وأما هو ظالم بالإنكار للأجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه ضمن في ذمته فإن أجاز له ملكه وإلا لزم من اشتراؤه . وإن قال الأجنبي للمدعي قد عرف المدعي عليه صحة دعوائك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكره لأنه هنا لم يمنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم يجحده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً)

وجملة ذلك أن الصلح بجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة ابن خنصرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته وإن صالح عن



ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الإماء صح وكان المصالح عنه صداقها فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق ورجع الزوج بما صالح عنه وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها وإن كان المعترف امرأة فصالحته المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو كان المعترف به عيباً في مبيعها فصالحته على نكاحها صح فإن زال العيب رجعت بأرشه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه

(القسم الثاني) الإبراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي فيصح إذا كانت الإبراء مطلقة من غير شرط قال أحمد إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك أثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر وفي الذي أسبب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذه منه فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حذرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج إليهما ثم نادى «يا كعب» قال ليك يارسول الله فأشار إليه: أن ضع الشطر من دينك. قال قد فعلت يارسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «قم فأعطه» فإن قال على

القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيته في قول الجميع وإن خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لأن الصالح فاسد فيرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فإن صالحه عن القصاص بجزء يعلمان حرته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) وإن صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيته إن كان بالغا لأن الصالح ههنا بيع في الحقيقة فإذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن إسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده مبيعاً فصالحه عن عيبه بعبد فبان مستحقاً أو حراً رجع بأرش العيب.

(مسئلة) (ولو صالح سارقاً ليطلمه أو شاهداً ليحكم شهادته أو شفعياً عن شفعته أو مقدوفاً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)

أن توفي ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليوفيه بقيته فسكأنه عاوض بعض حقه بعض (القسم الثالث) الهبة وهو ان يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به فسكأنه عاوض بعض حقه بعض، وان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحي نصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يحجز بلفظه خرج عن ان يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما اذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط النواص، وأما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وأما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بعوض سمي بيعا وان خلا عن العوض سمي هبة. ولنا ان لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال صالحي هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله يعني بألف، وإن أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خراجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا ممنوع وان سمي صلحا فبما لا تتضمنه قطع النزاع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وان سلمنا لسكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه (فصل) وان ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على ان يسكنه

إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق له فيه، وإن صالح شاهدا لیکتم شهادته لم يصح لانه لا ينخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الأديمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة فالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر .

(الثاني) ان يصالحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يحجز أخذ العوض عنه كما لا يجوز ان يصالحه على ان لا يقتله ولا يغصب ماله

(الثالث) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والمروة فلا يجوز أخذ العوض عنه لانه ليس بحق له وان صالح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يحجز العوض عنه لانه ليس بمال فهو كحد القذف وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان حدا لله تعالى لم يكن له أن



سنة لم يصح لانه يصلحه في ملكه على ملكه أو منفعة وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا في شأن التبرع منه لانه أعطاه اياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصالح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لانه أخذ به عقد فاسد فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإذا أجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آتاه، ولو اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بدو ض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآتاه فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب

(فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح وكنات اجارة وقد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة والمستأجر استيفاء منفعة الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة نفذ عتقه لانه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره والمصالح ان ستوفي نفعة في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفعة لغيره فأشبه ما لو أعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقة والمنافع حينئذ مملوكه لغيره فلم تلقف منفعته بالعتق فلم يرجع بشيء، وان أعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وجها آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقة والمنفعة جميعا فلما لم يحصل المنفعة للمبد ههنا فكانه حال بينه وبين منفعة ولنا ان اعتاقه لم يصادف المعتق سوى ملك الرقة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقة عبد

بأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وان كان حقا له لم يحز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولا به شرع لتبريزه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصالح فيه؟ ينبغي على الخلاف في كون حد القذف حقا لله تعالى أو لا دمي فان كان حقا لله تعالى لم يسقط بصالح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقا لآدمي سقط بصالحه واسقاطه كالقصاص .

(مسئلة) (وان أصلحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها حاز لان ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تحويمه فله أن يترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للأرض بشرط له تقدير المدة فان كانت الأرض في يد رجل باجارة جاز له ان يصلح رجلا على اجراء

والآخر بغيره فأعتق صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم أنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا إنما يقتضي ذلك إذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه إزالة ما ليس بموجود وإن تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصالح ففسخ الصالح وإن صالح على العبد بعينه صح الصالح ويكون يما والعبد معينا عينا تنفع به المنفعة فله رده وفسخ الصالح وإن صالح على العبد بعينه صح الصالح ويكون يما والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وإن كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحز لأنه إن صالحه عليه بشرط التيقن أو من غير شرط القطع لم يحز لأنه لا يجوز بيعه كذلك وإن شرط القطع لم يحز لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعى بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فإن شرط القطع جاز لأن الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويحتمل أن لا يجوز لأن في الزرع ما ليس بجميع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليس له فارغة صح لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصالح والباقي انفريغ الأرض فأمكن القطع، وإن كان إقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع أحتمل الجواز لأنهما قد شرطاً قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع لأن باقي الزرع ليس بجميع فلا يصح شرط قطعه في العقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة الإجارة وإن لم تكن الساقية محفورة لم يحز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز أحداث ساقية في أرض في يده بإجارة، فإن كانت الأرض في يده وفقاً عليه فقال القاضي هو كالمستأجر يجوز له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والأولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينتقل الملك فيها إلى غيره بخلاف المستأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر، فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما إذا أجره مدة فمات في أثناء المدة فإن قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وإن قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة

(فصل) وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز إذا كان ما يجري مأؤه معلوماً إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره



(فصل) اذا حصلت أغصان شجرة في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما سذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازلتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلافها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازلتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجلالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعنى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للعرفة يتجدد له الاولاد والغراس الذي يستأجر له الارض يعظم ويحفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطبا كان أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفتقر الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفي به منافع المجري دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مثاها والماء الذي على السطح يفتقر الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه اقليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم يكن فيه مضره لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في اجراء الماء في الساقية.

وربما ذهب كله، وقال القاضي ان كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي واللاتق بمذهب أحمد صحت لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالتقرار في كونه مملوكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار (فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بشرها كله فقد نقل المروذي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه أنه قال : اما شجرة ظلمات على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصالح على مجرى مياه الامطار والصلح على الموارث الدارسة والحقوق المجهولة اني لا سبيل الى علمها ، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا بمجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيها قاله لانه مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره اثير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا تبسح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتفاع بشي من منافعتها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خليفة ساق خديجاً من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك تشر به أولاً وآخر أولاً يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك افغ؟ تشر به أولاً وآخراً فقال محمد لا والله فقال عمر والله لبرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للإصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من هر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه وقدره بشي يعلم به لم يجز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولأنه

من كل واحد منهما لصاحبه فيجزي مجزى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبيعك الاكل من ثمرة بستانني فأبجني لاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا ما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامر من ونظر للفریقین وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا ثمر لها فان اتفقا على أن مانبت من عرقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيأخذ كرا فلي قولنا اذا اصطالحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجم بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل بعهده حالاً لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهي عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقياس وسالما والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والرابع جاز وكان يباع للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل ماله أخذه في قربته والصلح يجوز على ماله يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري عمراً في دار وموضعا في حائطه يفتح باباً، وبقعة يحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالذور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبني عليه بنايماً موصوفاً) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه (فان كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين) ذكره العاصي وأصحاب الشافعي لانه مبيع للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذه عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف الملو والسفل بما يعلم به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بازالتها فله ذلك فان أبى فله قطعها) وجملة ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم



وأبو حنيفة واسحاق وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنها كالأيرانيان بأساً بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله لأنها تباعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلاً، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاء الجمع بينهما كما لو فعلاً ذلك من غير مواطاة عليه

وانما أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يبطئه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يحز كما لو كانت معيبة ويفارق ما إذا كان عن غير مواطاة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كيبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلاً لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما أن صالحه عن الف حالة بنصفها مؤجلاً فإن فعل ذلك اختياراً منه وتبرعاً به صحح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح وإن فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصالح عن المجهول سواء كان عينا أو ديناً إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء فإن علم أنه أكثر منه لم يحز إلا أن يوقفه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنافان عرف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان أما بردها إلى ناحية أخرى وأما بالقطع لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه وإن تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل أن يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما ذكره إن شاء الله تعالى، وعلى كل الوجهين إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته باحسد الأمرين لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له إخراجها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي ، فإن أمكنه إزالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تازمه ولا غرامة لم يعجز له اتلافها كما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير اتلاف لم يعجز له اتلافها فإن اتلفها في هذه الحال غرمها ، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يحز) اختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطباً كان الغصن أو يابساً لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله . وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان الغصن أو يابساً لأن الجهالة في المصالح عنه

ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقتك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في موارث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدهما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالتناق والطلاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلا يصح مع الجهل أولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع وإنما هو ابراء وان سلمنا كونه بيعاً فانه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو ألتف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسام بخلاف العوض فانه يقتصر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالتسليم الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة يتجدد له أولاد والفراش المستأجر له الارض يعظم ويحفو وقال القاضي ان كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسئلة) (وان اتفقا على ان الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك انه اذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمره كلها فقد نقل المروذي واسحاق بن ابراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لا أدري فيحتمل ان يصح ، ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه

(الجزء الخامس)

(٤)

(المغني والشرح الكبير)

صاحب الطعام لمتلفه بعثك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارد دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوما لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجعله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد : ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها قال وان ورت قوم مالا ودورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم اهلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وأما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصلحه ، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والاخر لا يعلمه فيصلحه ، فأما اذا علم فلم يصلحه انما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لا براء الذم وازالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع (فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز اخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح

عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له انقصاص على هدية بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دية من جنسها لم يجز وكذلك لو أنلف عبدا أو شيئا غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال انما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها ، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الأكثر وبه قال الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما سلفناه ، ووجه الاول ان هذا مما يكتر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطار وعلى الموارد الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فخرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أجتك الأكل من ثمرة بستانى فاجنني الا كل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني



من جنسها لم يحز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فيجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يحز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو عن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يحز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فيجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة ، الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين وبيع الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد نخرج مستحقا رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حرّاً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فرجع ببذل ما صلح عنه وهو الدية . ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا

(فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حرّاً رجع في الدار وما صلح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصلح ههنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حرّاً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس بيع وإنما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص، ولو اشترى شيئاً فوجده معيبا فصالحه عنه بعبد فبان مستحقاً أو حرّاً رجع بارش العيب

أجري في أرضك ماء ولك أن تسقى به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إلزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في القروع إلا أن العروق لا تمر لها فان اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرناه، فعلى قولنا إذا اصطلاحا على ذلك فضت مدة ثم أتى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن ارش العيب فزال العيب رجعت بارشه لا مهر المثل لأنها رضيت ذلك مهراً لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حرته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو صالحاً بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه (فصل) اذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وان صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهذا اجارة للارض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الاجارة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له أن يصالح رجلاً على اجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة اجارته وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة فأما ان كانت الارض في يده وقفاً عليه فقال القاضي هو كالمتأجر له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له ان يحفر فيها ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالارض المستأجرة سواء وهذا كله مذهب الشافعي، والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لان الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا اذن له في الحفر فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن اتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

### ﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة الى الطريق لا يجوز اخراجه سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكه أو لم يكونا اذن الامام في ذلك أو لم يأذن وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبهه المتي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ماهو فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الحيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والحامل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلا يحز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله ، ويفارق المرور في الطريق فانها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التجرز

على وجهين بناء على ما اذا آجره مدة فئات في أثاثها فان قلنا له فسخ الصالح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة ، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة (فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماء معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك . ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف ، ولا يفتقر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا ، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر ككافي النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفي به منافع الجري دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية ، ويختلفان أيضا في ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية ، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجري منه القليل والكثير . وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو عارية مع انسان لم يجوز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصالح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يحز له ان يحفر أرض غيره ولا نه يجعل لغير صاحب الارض رسما فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم (فصل) واذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجوز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك ؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعول الارض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا ، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يحز فلم يحز بغير إذنه كما لو أخرجه الى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكنا كما لا يجوز اذا منع فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواسما أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولا نه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العابر أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز على دار العباس



(أحداها) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والاخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليفا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا والله فقال له لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وآخرأ؟ فقال محمد لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطئك فامرهم عمر أن يمر به ففعل . رواه مالك في موطئه وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على ان يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لان الماء ليس بمالك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول . قال وان صالحه على سهم من العين او النهر كالثلث او الربع جاز وكان يباع للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقتائه لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ العوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قريته او انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقاعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وأنحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر

ولما ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزاق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا باذن أهله)

أما في ملك الانسان فلا يجوز بغير إذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وان كان له في الدرب باب فقد اختلف اصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من اجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطرافاً فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصلح امرأة لتقر بالزوجية لانه صلح يحل حراما ولا نها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجوز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لاقتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وانما اجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقة من النكاح فيجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولا نها مشروعة في حقها في احدي الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية باقرارها أو بيينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية خالعا، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجوز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجوز في احد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجوز لانه يحل حراما فان إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره، وان دفع اليه المدعى عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يعتق عبده بمال ويشرع للدافع لرفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ولو ادعى على رجل الفا فأنكره فدفع اليه شيئا ليقر له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لملك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والساباط لانه بيع للهواء دون القرار

ولنا أنه يبيني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فاما يجوز بشرط كون ما يخرج منه المعلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيها اذا أخرجته الى ملك انسان معين يجوز باذنه بعوض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئرا لنفسه سواء جمعها لماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لتفيع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

به ويرد ماأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه نيلزمه أداؤه بغير عوض ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالاصلحاً عن دعواه صح وقدمضى ذكره

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا ينصب ماله (الثالث) أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لان ذلك ليس بحق له فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجز له أخذ العوض ، وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف الفصاص ولانه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصالح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقاً أو كانت في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك إنسان معين (مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائطه فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء (مسئلة) (وان فتحه الاستطراق لم يجز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو

ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه

والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يجز ان يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صالحهم على شيء منها



لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لا آدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل القصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لا كونه حقاً لا آدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها سابطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لانه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واستحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الحيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورحله منصوب لا يبلعه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجوز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً الى جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجعله نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره

(مسئلة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى أوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين) لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاول أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا (المغني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الخامس)

أهله وبفارق المرور في الطريق فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق إلا على الماشي، وقد رأينا مثل هذا كثيراً وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه.

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف تعلمه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الامام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العائر فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز أن يبني دكاناً ولا يخرج روشناً ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بأذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لأن له في الدرب استطرافاً فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه فاما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لأن الحق لهم فجاز بأذنهم كما لو كان المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لأنه بيع للهواء دون انقار

إن صاحب القريب ليس له أن يقدمه إلى داخل الدرب وإن قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منهما فإن كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الأوسط حكم الأول فما ذكرناه

(فصل) إذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ، ورفع الحاجز بينهما وجعلها داراً واحدة جاز لأنه تصرف في ملكه الختص وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليمكن إلى التطرق من كل واحدة منهما إلى كلي الدارين فقال القاضي لا يجوز لأن ذلك يثبت الاستطراف في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى، ويحتمل جواز ذلك لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع ينتقض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك إن أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه ينبغي فيه باذنهم فجاز كما لو اذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجه الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز باذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم .

(فصل) ولا يجوز ان يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وان أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل ان يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فان كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في ممر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجوز ذلك لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز الا باذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجوز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين (فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجها الى الطريق الاعظم لان عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً الى الطريق فقلعه فقال العباس ثقله وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لا نصبته الا على ظمري وانحنى حتى صعد على ظهره فصبه وما فعله رسول الله ﷺ فأغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر . ولنا ان هذا تصرف في هواء

(فصل) اذا تازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يليه بينهما لان لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك فلها التصرف فيه بناء على أن الاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لان لهم يداً وتصرفاً، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة الى باب الخان بينهما وما زاد على ذلك الى صدر الخان على الوجهين، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبد بما يختص به منه بان



مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يغرز فيه وتدأ ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجوز كتنقصه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجوز فيما له فيه حق فحقا لاحق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بعوض جاز واما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستغلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره» متفق عليه ولان ما أيسر للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كإخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالعيب أو الأخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لان ذلك ملك له ينفر دبه (مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روضة ولا طاقا بغير اذن صاحبه) لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يغرز فيه وتدأ ولا يحدث عليه حائطا ولا ستره ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كتنقصه وان صالحه على ذلك بعوض جاز فاما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به اكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستغلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا أن به غنى لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجوز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير اذن النزيك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتم والمجنون والعاقل لما ذكرنا والله أعلم

( فصل ) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان ( احدهما ) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشئ والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المساحة والمساهلة أولى ( والثانية ) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهها المنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلا يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المساحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلا يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أيسر للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السقر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير اذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته

ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتح للخشبة يسده بها ولا يوضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم يزل له لانه يضر بالمالك ويزول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه لانه لا يغيره لانه لا يبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره اذا أبيع له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انه يهدمه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروط بعدم الضرر بصاحب الحائط فحقه في الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع ستره عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فاذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة فاذا رجع

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولا نه قد تمتع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا محتاجا الى ان يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتم والعاقل والمجنون لما ذكرنا (مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره)

اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فعنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبينة على المساحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وبها للنعيم من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلا يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق



المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو أعاره أرضاً للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق ببقية الخشب عليه ولا ضرر في ببقيته، وان كان مستهدماً فله تقضيه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأنف لان المنع من القلع انما كان لما فيه من الضرر وهنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه ما لو كان في الارض شجر فانقلع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأيد وليس كذلك فانه انما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع هنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً كان للآخر اعادته لانه أزيل بغير حق تعدياً بمن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان أزاله أجني لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لانه زال بغير عدوان منه فأشبه ما لو سقط بنفسه (فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحاً على وضعه على التأيد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي ورجع من الاجرة

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لغنى الله تعالى وكرمه فلا ينبغي منع في حق الآدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول فان قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحاً والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

( فصل ) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح فان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضرراً بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا إعارته لانه انما ملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أيسر له من حق غيره لحاجته فلم يحز له ذلك فيه كطعام غيره

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجح من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض لينزله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح بيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فمضى زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق مجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولا أخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها عن أبينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه يبيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي يبيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إمارة الحائط أو إجارته على وجه ينعى هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انه دامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فمضى إلى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز باذنه فإذا فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب العارية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان لإجارة في مدة

(مسئلة) قال : ( واذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما تحالفاً وكان بينهما وكذلك ان كان محلولاً من بنائهما وان كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه ) .

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين مالكيهما، وتساويا في كونه معقوداً ببناءهما معاً وهو أن يكون متصلهما اتصالاً لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه الفطائر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل ببناءهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما يئنة تحالفاً فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو نوري وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما يئنة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما يئنة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما يئنة تعارضتا وصارا كمن لا يئنة لهما، فان لم يكن لهما يئنة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على التنا كل فكان السك للآخر، وإن كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه .

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلاحاً على وضعه على التأيد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجارة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجارة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض لئلا يله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع



الحائط. المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والا زج، فإن قيل فلم لم يجعلوه له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس ييقين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناء بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداثه مثل البناء بالبن والآخر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنه أو أجرة أو يجعل مكانها لبنه صحيحة أو أجرة صحيحة تعقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليملك الحائط المشترك وظاهر كلام الخري أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع أجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فإنه يمكن أن تكون يداً عادية حدث بالنصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة فلم يمتنع ذلك الترجيح بها

(فصل) فإن كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه اكونه منتفعاً به فحري مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبنى على حائطه وكذلك إن كانت له عليه سترة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له.

(فصل) فإن كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا نرجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وعندنا انه حق يجب التمسك منه فلم ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه وتجصيله وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) وإذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فحق زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فحري مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه على ما أقر له بعوض صح الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا وراثتها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال وراثتها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لاخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه منتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالتهي عن المتع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه ففياً لا حاجة اليه له منعه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتساحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكن من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالازج ، وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له ويرجح بالجذعين لان الحائط يبنى لهما ، ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل الى أحدها والخارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدها واقطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بمقاد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومقاد القمط لما روى ثمر بن حارثة التميمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يليه معاهد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال «أصبت واحسنت» رواه ابن ماجه وروى نحوه سنن علي ولان العرف جار بان من بنى حائطاً جعل وجه الحائط اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من ادكر» ولان وجه الحائط ومعاد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليهما جميعاً فبطلت دلالاته كالتزويق ولانه يراد للزينة فأشبه التزويق، وحديثهم لا يشبه اهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤاخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجح الى المقر بالبيع وهو معترف بانه يبيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

(مسئلة) (وان كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببناؤه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك اصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في ترك بنائه اضراماً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما وعلى نفق الحائط عند خوف سقوطه

قال الشانجي ذكرت هذا الحديث لاحد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس ليروه فيزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا يكون أحدهما له على الآخر ستره غير مبنية عليه لانهما يتساح به ويمكن احداثه .

( فصل ) وان تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلا في فهي لصاحب السفلى لانه المنتفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك ، وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفلى لان السقف على مالكة فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفلى وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفلى يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفلى يظله وأرض صاحب العلو تقيه فاستويا فيه

( فصل ) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفلى كسلم مسمراً أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لأنها مصعد صاحب العلو لا غير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لا تنقاعها بها وحده ، وإن كان تحتها بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ لا ضرر ولا اضرار وهذا مشريكة بتضرران في ترك بنائه ( والرواية الثانية ) لا يجبر نقل عن أحد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الاتفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبتداء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعاً لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتماعا فارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من الغرامة وانفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انفرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر انما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع



بنيت لأجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لأن يديهما عليها ولأنها سقف للسفلاقي وموطىء للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتها طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لأن يدهما عليها وارتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما لأنها حاجز بين ملكيهما فهي كالحائظ بين المملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائظ مشترك فأنهدم فطالب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجبر الممتنع على إعادته قال القاضي : فيه روايتان إحداهما يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندی قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوله واختاره بعض أصحابه وصححه لأن في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى التقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يتضرر إن في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلاً ومذهب أبي حنيفة لأنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالك على الاتفاق عليه كما لو انقرده به ولا نه بناء حائظ فلم يجبر عليه كالأبتداء ولا نه لا يخلو إيماناً أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقهما جميعاً : لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه بدليل ما لو انقرده به ولا لحق غيره كما لو انقرده به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فيكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة واتفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإيجاب إضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه قد يكون الممتنع لا نفع له في الحائظ أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه شيء فيكلف الغرامة مع عجزه عنها

(مسئلة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يجبر الممتنع إذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لأن له حقاً في الحمل وربما فلا يجوز منعه منه

(مسئلة) (فإن بناء بآلته فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده، فإن بناء بآلته وانقاضه فهو على الشركة كما كان لأن المنفق إنما أتفق على التألف وذلك أثر لا عين يملكها، وإن بناء بآلة من عنده فالحائظ ملكه خاصة، وله منع شريكه من الارتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائظ له فإن أراد نقضه وكان بناء بآلته فليس له نقضه لأنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما زيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراً فإن الضرر إنما حصل بأهدامه وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه لإضرار لكن في الإيجاب إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبنى به فيكف الغرامة مع عجزه عنها، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر. فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لأن له حقاً في الحمل ورسماً فلا يجوز منعه منه، وله بناءه بانقاضه إن شاء وبناءه بآلة من عنده فإن بناء بآلته وانقاضه فالحائط بينهما على الشراكة كما كان لأن المتفق عليه إنما أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناء بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسمه عليه لأن الحائط له. وإذا أراد نقضه فإن كان بناء بآلته لم يملك نقضه لأنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما وإن بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لأنه إذا لم يملك منعه من بناءه فلا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

عليهما وإن كان بناء بآلة من عنده فله نقضه لأنه يختص بملكه فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء وإن أراد غير الباني نقضه وإجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لأنه إذا لم يملك منعه من بناءه فلا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي وإما أن تطلع حائطك لتعيد البناء من بيننا فيلزم الآخر إجابه لأنه لا يملك إبطال رسمه وانتفاعه بينهما، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بأذن الحاكم أو أذن الشريك رجع عليه متى قدر، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه، وما أنفق أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بناءه فأولى أن يجبر على إبقائه

ووضع خشبي واما أن تقلع حائطك لتعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لانه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنايه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالقرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لانه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على القرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فتى امتنع أجبره الحاك على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاك من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بأذن الحاك أو إذن الشريك رجوع عليه متى قدر وإن أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء باله من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه .

( فصل ) فان لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطا يحجز بين ملكيهما فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له ولا أعلم في هذا خلافاً

( فصل ) فان كان السفلى لرجل والعلو لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كاروايتين وان أنهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها فعلى روايتين

( فصل ) فان لم يكن بين ملكيهما حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطا يحجز بين ملكيهما لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

( فصل ) فان كان السفلى لرجل والعلو لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان ، فان أنهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها ففيه روايتان (أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحمد وقولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة فان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً ، فان بناء بآلته فهو على ما كان وإن بناء بآلته من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت أعما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهو مذهب الشافعي لان السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستظلال

(أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروایتين جميعا فإن بناء بآله فهو على ما كان وإن بناء بآله من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحشب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي اقلته في قضاء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبى صاحب العلو فقيه روايتان

(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى مختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فأنهم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لانه إن كان الممتنع ما لملكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقة البناء فذلك وجب بخلاف مسئلتنا

بها من خارج فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبى صاحب العلو فقيه روايتان :  
(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو  
(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فأنهم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لانه إن كان الممتنع ملكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقة البناء فذلك وجب بخلاف مسئلتنا وإن أراد



وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومق هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصالح على بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكنها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الاثقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضر به بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصه والاولى التسوية لان في قسمة العرصه

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومق هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصالح عن بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكنها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الاثقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

❦ مسألة ❦ (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة في اجبار الممتنع وجهان )

بناء على الحائط المشترك إذا أنهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصه قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصه اضرازا بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء

اضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والناعورة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناء بآلته ، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله

فللقريب من الباب نقل بابيه إلى ما يلي باب الزقاق لأن له الاستطراق إلى بابيه القديم فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابيه إلى موضعه الأول كان له لأنه حقه لم يقسط وإن أراد نقل بابيه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحد لأنه يقدم بابيه إلى موضع لا استطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لأنه كان له أن يجعل بابيه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده ، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب آخر فخكه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء وإن لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابيه حيث شاء لأنه على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك ، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز إذا وضع البابين في موضع استطراقه ، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ أو زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه ، فإن قيل في هذا اضرار بأهل الدرب لأنه يجعل نافداً يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لأحد استطراق داره ، فلما ان كان بابيه في الشارع وظهر داره إلى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسمره أو شباكاً جاز لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى ، قال ابن عقيل ويحتمل عندي أنه لا يجوز لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء

### (مسئلة) (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته)

فإن عمر قائماً بينهما على الشراكة أما الدولاب والناعورة فالحكم فيه كالحكم في الحائط . على ما ذكرناه ، وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناء بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبنى حماماً بين الدور أو يفتح

( فصل ) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرغم الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يحز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى إلى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لسلك واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه لل منع منقطع بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز

( فصل ) اذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه ( أحدها ) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لها الاستطراق فيه جميعا وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف ( والوجه الثاني ) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك لها التصرف فيه بناء على ان الاول ان يفتح بابه فيما شا من حائطه وما بعد ذلك لثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق ( والثالث ) يكون بينهما لان لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في اثناء صحن الحان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة الى باب الحان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الحان على الوجهين ( أحدهما ) هو لصاحب السفلى ( والثاني ) هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما اوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لان ذلك ملك له ينقرد به

( فصل ) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازاً بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » ولان هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالذي سلموه وكسقي

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا اضرار بجيرانه « فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي اضرمتها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبهه ما لو أرسله اليها قصداً قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الحيز والطبيخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

( فصل ) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترًا تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل ستر لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمة فأشبهه ما لو اطام عليه من صئر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطاع اليك مخذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » وبفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

( فصل ) إذا كانت بينهما عرصه حائط فاتفقا على قسمها طولًا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولًا أو عرضًا لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يجبر الممنوع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقتزما . فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة ، فان كان مبدأً فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركاً يمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به

الارض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تعدت النار التي اضرمتها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره أشبهه ما لو أرسله اليها قصداً ، قلنا والدخان الذي هو اجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا في ملك جاره فهو كاتار والماء . وأما دخان الحيز والطبيخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

( فصل ) فان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه



لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يجعل لكل واحد منها نصف العرض في كمال الطول نظرنا فان كانت العرصه لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لأنها عرصه فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يبنى فيه حائطاً ففي إيجاب الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته فاشبهه عرصه الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يبنى فيه داراً . وإثاني لا يجبر ذكره القاضي لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لانا لو أفرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ومتى اقتسم العرصه طولا فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته (فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة وإن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فاشبهه العرصه ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانهما إن قطعاه بينهما فقد أتلغا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وإن لم يقطع وعلمنا علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر ، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضرب بل يعلمه بخط بين نصيبيهما ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره إلا أن يبنى ستره تستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالأسفل

ولنا أنه أضر بجاره ففتح منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حرمه فاشبهه مالو اطلع عليه من صتر بابه أو خصاصه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلاً اطلع إليك فخذته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الأسفل فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره .

## كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشترى ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله. ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضي المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاها على ما سنده إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برى المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقيين لأنها تحويل للحق ونقل له فينقل على

### باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة «واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة» وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشترى ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لأنه يبيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ﴿مسئلة﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال

صفته ويعتبر تأنيها في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لأن الحال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك إذا شرطه، وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو رضي من له الحال بانظاره جاز لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى، وإن مات المحيل أو المحال فالأجل بحاله، وإن مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضى ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ لا لقطع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لأنه غير مستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه، وتصح الحوالة عليه بدين

إذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق إلى ذمة المحال عليه في قول عامة أهل العلم وروي عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه. إذا ثبت ذلك ففي رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فليس أو موت أو غيره وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي، وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين إذا مات المحال عليه مفلساً وإذا جحدده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا جحد عليه فليس لأنه روي عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً فقال يرجع بحقه لأنه لا توى على مال امرئ مسلم ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به فمات المحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال المسكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المسكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا. وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من جهتها، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه، وثبت للمحتال فلم يزل عنه. ولان الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه. ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر، وان كان بعد القبض لم يبطل وجهها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق ههنا ينتقل ويتحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعذك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعة وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهى عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة) (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو اده قبل الدخول لم يصح وان أحال المسكاتب سيده أو الزوج امرأته صح لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ بانقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلف في شيء فلا يصرفه الى



وأنا جازت الوكالة بلفظ الحوالة لا اشتراكمها في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحويله الى الحيل ، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ، ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وأنا هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على الحيل لانه قرض ، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه ، وان قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على الحيل به لانه قد غرم عنه وأنا عاد اليه المال بعقد مستأنف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا ، وان أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت بيعاً فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالاتلاف من الاثمان والحبوب والادهان ، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمدنوع والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمنه بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يتمتع من أدائه ويسقط بعجزه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المدائنت ، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان أحالت المرأة على زوجها بصدقتها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها ، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يثبت ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والبيع كان لازماً وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري ينفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولأن الأبل ليست من المثليات التي تضمن مثلها في الائلاف ولا تثبت في الذمة سلماً في رواية « وإن كان عليه أبل من دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فإن قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقرض وإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بأبل الدية لم تصح لأننا نحب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل للمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه إداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا ما روى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها بحري الضمان وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت أن الحق انتقل فحق رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الحارثي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحو قول مالك لأن الفلاس عيب في المحال عليه فكان المحيل بدينه على المحال عليه والثاني لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه وثبت للمحتال فلم يزل غنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به وبأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وإن كان بعد القبض لم تبطل وجهها واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وإن أقال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها أحكامها وإبست بحوالة لأن الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحويل ذلك إلى الوكيل كتحويله إلى المحتال، وإن أقال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الأداء ولا المحتال القبول لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وإنما هو اقتراض فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض وإن أبرأه لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه وإن وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لأنه قد غرم عنه وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع إليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غرمه فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات الحال عليه مفلسا واذا ججده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حजर عليه لفلس لانه روي عن عثمان أن سئل عن رجل احيل بحقه فمات الحال عليه مفلسا فقال يرجع بحقه لا توى على مال امرئ مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزانجد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات الحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعة منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاة الحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة إنما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويعتبر تأنيهما في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه عسج بحسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا او كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط مالو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بالنظره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله وان مات المحال عليه انبنى على حلول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلاخلاف فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير مليء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة اذا أحيل على مليء ولو أحاله على مليء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الخري لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

**(مسئلة) قال (ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتمل)**

المليء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله تعالى يقول: من يقرض المليء غير المعدم . وقال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعنى قدرة على وفائي والظاهر أن الخري أراد بالمليء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا الماطل قال احمد في تفسير المليء كان المليء عنده أن يكون مليئا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاها وقال أبو حنيفة يعتبر رضاها لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بمال معلوم لأنها ان كانت بيعا فلا يصح في مجهول وان كانت تحوّل الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لأنه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لأنه حق ثابت في الذمة فاشبهه ماله مثل، ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من ادية وله على آخر مثلها في السن فقال القاضي يصح لأنها تختص باقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا نصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا تثبت في الذمة سلما في رواية، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فان قلنا يرد انقراض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة



فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبهه الحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي ﷺ إذا تبع أحدكم على مليء فليتبّع ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال عليه مقام نفسه في التقييض فلزم الحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عمراً في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أقال رجل على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أقال الرجل عمرراً على زيد بما ثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشتري البائع باليمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأننا تبيننا أنه لا يمن على المشتري وإنما تثبت حريته بينة أو اتفاقهم ، فان اتفق المحيل والحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لأنها بطلان حقه أشبه مالو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني

لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من الحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدية وقد رضى بتسليم ماله في ذمة المقرض فإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لأننا قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فالمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضى الحال عليه ولا رضى المحتال ان كان الحال عليه مليئاً)

أما الحال عليه فلا يعتبر رضاه لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم الحال عليه الدفع إليه كالوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضى المحتال بقرض الملىء غير المعدم قال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة واحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي قال احمد في تفسير الملىء ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فتى احيل على من هذه صفته لزم المحتال والحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما ، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين ، وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً ، فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه الا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقام بينة لم تسمع لأنها كذباها بدخولها في التبائع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فاقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فإن أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لأنها لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذباها المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية العبد لأنه إقرار على غيرهما وبطل الحوالة لانفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

( فصل ) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لأنه قبض منه بأذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه وبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به . وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن

(أحدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبهه المحيل

(والثاني) لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضی من عليه الحق كالتوكيل ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا تبع أحدكم على مليء فليتبعم » ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله وإن لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه أن يحتال لمفهوم الحديث ولأن عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

( فصل ) فإن شرط المحتال ملأه المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملأ فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً ويفارق البيع فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع .

﴿ مسألة ﴾ ( وإن ظنه مليئاً فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل أن يرجع )

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة الحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء الحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا ، فان قلنا يبطلان الحوالة رجع المحيل على الحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجع المشتري على البائع بالثمن وبأخذه البائع من الحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبريء البائع وعاد المشتري إلى غريمه . وإن كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان ( أحدهما ) لا تبطل لان ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل ، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به . والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبها . وإذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبريء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتكم في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتيال على غير المولى لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على المولى . وإن كان رضي بالحوالة لم يرجع لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجع لان الفلاس عيب في الذمة فاشبهه ماله اشترى شيئاً يظنه سليماً فبان معيباً .

﴿مسئلة﴾ (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان المبيع باطلا فالحوالة باطلة) مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تبيننا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية انما تثبت بينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولاينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يبطلان حقه فاشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقام بينه لم تسمع لانهما كذباها بدخولها في التبايع ، وان أقام العبد بينة بجرته قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقتهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان جيبته أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه لإقرار على غيرهما وتبطل

بدينك قال بل وكنتي فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وإن اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أما وكنتك في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الأول يحلف المحال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين إن كان المحتمل قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتمل محققاً فقد أتلف ماله وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه يتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن لم يتلف أحتمل أن لا يملك المحيل طلبه لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتمل بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتمل والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتمل الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه

### (مسئلة) (فإن فسخ العقد بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

يعني إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد بريء المحال عليه لأنه قبض منه بأذنه ويرجع المشتري على البائع فإن كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لأن المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه إليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الأول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه إليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالتوب كذا ههنا، فإن قلنا يبطلان الحوالة يرجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه وإن كانت المسئلة بجاهلها لكن أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم رد العبد المبيع في الحوالة وجهان :



لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتمل مطالبة بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتمل المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتمل أن اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسئلة لأنهما لا يختلفان في لفظ بسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل بينة وهذا لا تشهد به البينة نفياً ولا اثباتاً

(فصل) وإن كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكلتني ففيها الوجهان أيضاً لما قدمناه فإن قلنا القول قول المحيل فخلف بريء من حق المحتمل وللمحتمل قبض المال من المحال عليه لنفسه لأنه يجوز له ذلك بقولهما معاً فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتمل فخلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتمل عليه لأنه أما وكيل وأما محتمل فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لأن المحيل يقول هو لك والمحتمل يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لأنه قد ثبتت الوكالة يمين المحتمل وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لأن ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتمل فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتمل ما أحاله به (والثاني) تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولا فائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

(مسئلة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى وللمشتري أن يحيل المحتمل عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لا تبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالاول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرناه وتكرر المحتمل والمحيل لا يضر

(مسئلة) (وإذا قال أحلتك قال بل وكلتني أو قال وكلتك قال بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فأذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال أحلتك بدينك قال بل وكلتني ودينى باق في ذمتك أو قال وكلتك في قبض دينى بلفظ التوكيل قال بل أحلتني (المغني والشرح الكبير) (٩) (الجزء الخامس)

من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وإن كان قد قبض الحوالة قتلقت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لأنه إن كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصن، وإن تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يعترف ببراءته

(فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحداً لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك فإما أن لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أولاً؟ فيه وجهان سبق توجيهاهما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه فإن كان لاحدهما بينة حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه (مسئلة) وإذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أنا وكنتك

في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين) لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الاصل بقاء حق المحيل على المحتال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحتال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحتال عليه، وعلى كلا الوجهين إن كان المحتال قد قبض من المحتال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققاً فقد أتلف ماله وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصن ويسقطان وإن تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال

( فصل ) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالب به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فalcول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحلتني عليك فأنكر المدعى عليه فalcول قوله فإن أقام المدعى بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين ( أحدهما ) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت بينة والثاني لا يلزمه الدفع اليه لأنه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار تلزمه اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لا اعترافه ببراءته وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لا اعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل نيته وهذا لا تشهد به البينة نقياً ولا اثباتاً .

( فصل ) فإن قال أحلتك بدينك قال بل وكنتني ففيهما وجهان ايضاً لما قدمنا فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحتال عليه لنفسه لأنه يجوز ذلك بقولهما معا فاذا قبضه كان له بحقه ، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه اما وكيل او محتال ، فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لأنه يجوز ذلك لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وان استوفى من المحيل ، دون المحتال عليه رجع المحيل على المحتال عليه في أحد الوجهين لان الوكالة قد ثبتت بيمين المحتال وبقي في ذمة المحتال عليه للمحيل ( والثاني ) لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء من حقه وإنما المحيل ظلمه باخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وان كان قد أخذ الحوالة فقلت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه وجهاً واحداً لأنه ان كان محققاً فقد أتلف حقه وان كان مبطلاً فقد أبطل مثل دينه فيثبت في ذمته فيتقاصان وان تلف بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه ايضاً لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يقر ببراءته

فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق وبدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يمكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿مسئلة﴾ ( وإن قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً )

إذا اتفقا على أنه قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً لان الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحد بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنه حوالة بدينه وإن دينه كان ثابتاً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولاً ؟ فيه وجهان سبق توجيههما

( فصل ) وإن كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وإنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فإن كان لمن عليه الدين يئنه بدعواه سمعت بيئته لاسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالي عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فإن أقام المدعي يئنه ثبتت في حقه وحق الغائب لان البيئته يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وإن لم يكن له بيئته فأنكر المدعى عليه فهل يلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لانه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فليزمه الدفع اليه كما لو كانت به بيئته (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف برى ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فإن صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق وبدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فإن أنكر المحيل أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وإن كان المحيل



في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد اخذ منه ايضاً بغير حق  
وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن  
للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فانكر المحيل الحوالة  
حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها  
( فصل ) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة  
المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان  
الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما  
بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بعينه بالالف  
صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليها جميعاً ليستوفي منهما أو من  
أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو  
زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض أصحاب الشافعي  
لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبهه  
مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه  
في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه ايضاً بغير حق  
وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن  
للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فانكر المحيل  
الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على  
ما ذكرنا في التي قبلها

( فصل ) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة  
المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا  
فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله  
أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بعينه  
صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وان أحال عليها جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما  
شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة  
استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان  
الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه مالو أحاله على رجلين  
له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه احدهما الالف فقد قضى جميع الدين وثم اذا قضى احدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

## باب الضمان

(مسئلة) ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ماصح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقوله الله تعالى (ولمن جاء به حل بعير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فخاروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بألفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه أحدهما الالف فقد قضاه جميع الدين وثم إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

## باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فخاروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصير بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

(مسئلة) (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال ( الزعيم غارم ) رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، وروى البخاري عن سلامة ابن الاكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل يصلي عليه فقال «هل عليه دين؟» قالوا نعم ديناران «قال؟ هل ترك لهما وفاء» قالوا لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضى الضامن فإن أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً لأنه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له « وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه إثمات مال لا دمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي والمذهبيين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

( فصل ) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أو لا ويعرف المضمون له فيؤدي اليه

الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في احدي الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبة كالأصل ولأن الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبة من شاء منهما كالضامين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لأنه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت وهان أخيك » فقيل يا رسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولا أصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة قلناهما ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

(فصل) وقد دلت مسألة الخرق على أحكام (منها) صحة ضمان الجهول لقوله ما أعطيته فهو علي، وهذا مجهول فتى قال أنا ضامن لك مالك علي فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روز ما يحبك صح الضمان . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالتن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في الجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة . واذا قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح الجهول كالعتق والطلاق (ومنها) صحة ضمان ما لم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما تعطيه في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المستثنين سواء أو أحدهما داخلة في الاخرى .

الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال « بل للناس عامة » رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال « أعليه دين ؟ » قلنا ديناران فأنصرف ، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وجب حق الغريم و بريء الميت منهما ؟ » قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك « ما فعل الديناران ؟ » قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من القبر فقال قد قضيتهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الآن بردت جلده » وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله « و بريء الميت منهما ؟ » ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة نائبة برئت الاولى منه كالحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلده » حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا به بالضمان صار له وفاء وأما كان عليه الصلاة والسلام يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعلي « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » فإنه كان محال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو ما في معناه ، وقوله « بريء الميت منهما ؟ » أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء « الا ن بردت عليه جلده » وفارق الضمان الحوالة



والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتي قبلها إلا أنهم قالوا الضامن ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وإن ماثبت في ذمة مضمونه ثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يليق به في البحر قبل وجوبه بقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجوه ضمان الجعل في الجملة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزوم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته ، ولا نعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراءة ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فأنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولأنه دين ثابت

فإن الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوتها فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محله إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحل لمحلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

(مسئلة) (فإن برئت ذمة المضمون عنه برى الضامن)

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافاً لأنه يبيع ولأنه وثيقة فإذا برى الأصل زالت الوثيقة كالرهن

(مسئلة) (وإن برى الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرا ذمة الأصل كالرهن إذا انقسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لأنه حق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن ، وإن أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً لأن الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزءاً منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برى كل واحد منهم بأداء أحدهم وإن أبرأ المضمون عنه برى الجميع لأنهم فروع له وإن أبرأ أحد الضامنين برى وحده لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً ، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

(الجزء الخامس)

(١٠)

(المغني والشرح الكبير)

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هذا انفصال عما ذكرناه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز ان يسقط برد بعيب او مقابلة وبهذا كله قال الشافعي

( فصل ) فيما يصح ضمانه ، يصح ضمان الجعل في الجعالة وفي المسابقة والمناضلة ، وقال اصحاب الشافعي في احد الوجهين لا يصح ضمانه لانه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كمال الكتابة ولنا قول الله تعالى ( ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ) ولانه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديارات وقال اصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لانه انما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام

من الكفيلين صاحبه لان الكفالة يبدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك وان كفل المكفول به الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة فلم يجز أن يصير فرطاً فيما كفل به وان كفل به في غيره جاز .

( مسألة ) ( ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خراً فأسلم المضمون له او المضمون عنه برىء هو والضامن معاً ) لانه برىء من الخمر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم واذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لانه فرعه ، وان أسلم المضمون له برىء أيضاً لانه ليس للمسلم المطالبة بشئ الخمر لكونه لا قيمة له في الاسلام فان أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلم يبرأ براءة فرعه كما لو ابرأه المضمون له

( مسألة ) ( ولا يصح الا من جائز التصرف )

لا يصح الضمان الا ممن يصح تصرفه في ماله رجلاً كان أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

( مسألة ) ( ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بعد العتق وان ضمن باذن سيده صح وهل يتعلق برقبته او ذمة سيده ؟ على روايتين )

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجمالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجودها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالاجرة وثن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى الزوم فان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فاذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى، ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالمغصوب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وانما يضمن ما ثبت في الذمة « ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردّها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ، ولا يصح من السفية المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالباع والشرء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كالتبرع والنذر بخلاف البيم، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فأشبهه ما لو اختلفا في شرط قاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه « وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهما اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند اليه فلم ترجح دعواه « والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإن ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه أن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والخطاط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وإن ضمنها أن تعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فإنه قال في رواية الأثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه إليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا أن تلف بغير تفریط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وإن تلف بفعله أو تفریط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالتصوب والحواري وهذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو ارش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما إلا خرو حقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق إلا الضمان ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقاً أو معيباً حالاً العقد

جنون قال قول المضمون له لأن الأصل عدمه، وأما الحجور عليه لفسل فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجز عنه لأنه من أهل التصرف والحجز عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف أراهن فيما عدا الرهن، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولاً، وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالأقرار بالانقلاب

ولأنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير إذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور إن كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجز فإن ضمن بأذن سيده صح لأن سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لأنه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كإرش جنائته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستداته بأذن سيده وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى، فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من



ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجمالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا  
لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعد  
وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء  
وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول  
ضمنت عهدي أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع  
مستحقا فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمننت عهدي أو ضمننت لك العهدة ، والعهدة في  
الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسر به اهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه  
وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على  
الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزايدة لا على الجمل وان كان هو الموضوع  
فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع  
تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص  
اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على  
تفريق الصفة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن استحقاق رجوع  
المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فمثل تلف المبيع  
من المكيل والموزون في يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلا فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن  
لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل ان يرجع  
به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرننا فان كان بسبب لا تفرط  
من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ، ومتى لم  
يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب  
مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتملق حق الجناية برقة الجاني  
كما لو قال الحر ضمننت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة  
بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقوانا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما)  
لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تقويت الحرية (والثاني) يصح لان الحق لها لا يخرج عنها فأما المريض  
فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم  
ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه لانه تبرع باتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة ، واذا  
فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه أشبه الباطن ، ولا يثبت الضمان بكتابته

العهد فان أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالارش كما لو وجد بها عيباً، ولو باعه عيباً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن عنده عيناها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الرهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن المشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقد بينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بنير خلاف لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من اصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبر بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيحين من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالنذر والنذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه فديكتب عينا أو تجر به قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه

ولا معرفة الضامن لها)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ويحمد يعتبر لأنه اثبات مال لا دمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالْمُذْهِبِينَ

ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهما اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالإقرار بالتلاف، ووجه الاول انه عقد تضمن لإحباب مال فلم يصح بغير اذن كالتكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز، فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانت به باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون مافي ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كمتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمن لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد لقن لانه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لها لا يخرج عنها، فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكمه ضمانه حكم تبرعه بحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه، ولا يعتبر رضی المضمون عنه لانعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولاً وليعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ولا اصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من تبرع له به كالنذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبهه الهبة، وإذا فہمت اشارة الأخرس  
صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن  
اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجرية قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن  
لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

( فصل ) اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن  
ملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن  
يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له  
بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ماعندي شيء أعطيه لك فقال والله لا أفارقك حتى تقضي  
أو تأتيني بحمير فجاءه الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستظره ؟ » قال:  
شهرًا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل فجاء في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم  
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصبت هذا ؟ » قال من معدن « قال لا خير فيها » وقضاها عنه رواه  
ابن ماجه في سننه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فمذكم الدين الحال  
لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به  
في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق  
الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه بدليل  
مالومات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلاً الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له  
مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا  
قضى دينه بغير اذن رجع به لان أكثر ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع  
به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصح حالاً  
ولا يلزمه اداؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولأن

( مسألة ) ( ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك  
ماعلى فلان أو ما تدانيه به صح )

يصح ضمان المجبول فتي قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ما تقوم به اليئنة أو ما يقر به لك أو ما يخرج  
في روزمانجك صح الضمان، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي  
وابن المنذر لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجبولاً كالتمن.

ولنا قول الله تعالى ( ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير  
مختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة  
فصح في المجبول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان المهدة، وإذا قال الق متاعك



المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضامن  
اللزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاء حالا لم يرجع به قبل  
أجله لأن ضمانه لم يبره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة  
مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كماله  
كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا  
الترزم ما لم يجب على المضمون فأشبهه ماله كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل  
حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً لاحداهما على الأخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى  
( فصل ) واذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان فات أحدها اما الضامن واما المضمون عنه فهل  
يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان  
الدين لا يحل على شخص بموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل  
فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على  
الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته  
لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبة به قبل أجله  
وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبة لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا  
أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبة به قبل الاجل كما لو عت وقوله أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل  
وحلوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضامن كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت  
الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح في المجهول كالعتق والطلاق  
( فصل ) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة  
كأنني قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قال في هذه المسئلة الضامن ضم ذمة الى ذمة في التزام الدين  
فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا: قد ضم ذمته الى ذمة المضمون  
عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلموا ضمان ما يليقه في  
البحر قبل وجوبه بقوله الق متاعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان  
الجعل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

﴿ مسألة ﴾ (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت

(الجزء الخامس)

(١١)

(المغني والشرح الكبير)

وبعد الموت وهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هماغلي يا رسول الله وأنا لها ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيراً عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «لناس عامة» رواه الدارقطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فأنصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلده» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلده» حين أخبره أنه قضى دينه ولاها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا نه بالضمان صار له وفاً وأما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاً، وأما قوله «لعلي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو مما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذم الثلاثه أيهم قضاه برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضى مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وان أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان أبريء الضامن الثاني بريء وحده. وحي حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فان ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا (مسئلة) (ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلده « ويفارق الضمان الحوالة فان انضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحليين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحلي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براءته بمجرد الضمان روايتان ( احدهما ) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحلي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الذمتين أكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحلي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصل كالرهن ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبة كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برى الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ ببراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذا انفسخ من غير استيفائه وأبهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن ، وان أحال الغريم برئاً جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن ، وان أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً لان الحوالة كالقضاء (فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مائتاً أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكرناه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في إحدى

ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قضاء برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانهما فرع، وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم. والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برىء كفيلاه وان مات الكفيل الاول برىء الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برىء. و- ده (فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعا فيه، وان ضمن عنه ديناً آخر أو كفّل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال « الآن بردت جلديته » رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة « وبرىء الميت منهما » قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالردي العيب وبالمقايلة وهذا مذهب الشافعي (مسئلة) ( ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع ) فزمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه، وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن وزمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب، فزمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمن مجهول وضمن عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبدا مرهونا فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن



(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم بإداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لأنهم فروع له، وإن أبرىء أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يحجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلاً جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة بيدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبرىء صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به لأنه أصل في ذلك، وإن كفّل المكفول الكفيل لم يحجز لأنه أصل له في الكفالة لم يحجز أن يصير فرعاً له فيما كفّل به وإن كفّل به في غير هذا الحق جاز لأنه ليس بفرع له في ذلك

وبعده . وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضيا إلى الوجوب كالجمالة وسنذكرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهده أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتاع كذا فسرهم أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لأنه ملكه وليس بصحيح لأن العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزايدة لأعلى الجمل وإن كان الموضوع لغة . فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، تنبني صحته في العهدة على تفريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارنة له فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون في يد البائع أو بقص من يده أو يتقايلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن لأن هذا لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارنة نظرنا فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفقة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى . فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارنة لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضاً لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بهضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

## ﴿مسئلة﴾ قال (فتي أدى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل )

يعني إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرعاً به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال ( أحدها ) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو أطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجوع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، وإذا كان مخالطاً له رجع استحسننا لانه قد يأمر مخالطه بالفقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحققت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها معيبة ، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عنها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائع فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجوع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه

## ﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلام ولا ماله الى الزوم لان للمكاتب تعجيل نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

## ﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها )

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الحياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالنصوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبه اذا كان مخالطاً له أو قال اضمن عني ، وما ذكرناه ليس بصحيح  
لأنه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ماضيه بدليل الخاط  
له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد  
الوجهين عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه ان  
تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع والا فلا لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع  
عليه كما لو أذن في الاداء صريحاً (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً وظاهر

(مسئلة) فأما الاعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها  
وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه . وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة  
في الذمة فانما يضمن ما ثبت في الذمة ووصفنا لها بالضمان انما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة  
ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، قولهم ان الاعيان لا تثبت  
في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردّها والزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها  
وهذا لما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة الزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر  
بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجمل في الجمالة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في  
أحد الوجهين لأنه لا يؤول الى الزوم أشبه مال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (وان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول الى الزوم اذا عمل العمل  
وانما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل . ويصح ضمان أرواح الجنابة  
سواء كان نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب  
فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الديبة معلومة الاسنان  
والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه انما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل  
معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لا يمنع وجوبه باتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام  
ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة ما لها  
الى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه  
إلا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي  
قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجمالة والصدائق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره وقولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه انما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فمتى أداء عنه باذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (أحدها) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدنيهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاول أنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالخالك إذا قضا عنه عند اتناعه فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بانه لم يترك وفاة والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في الاحتساب بالرجوع

فان كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن باذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ علي روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين

وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن باذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وان قال انقد هذا لم يرجع الا ان يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق واذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع واذا كان مخالطاً له رجح استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكرناه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع، الوجه الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجح وإلا فلا لانه تبرع بالدفع



(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان حاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفساد او مطلق لان نفس الحوالة كالاقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه بما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره ، قولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه انما هو اداء دينه وليس هو شيئا آخر فتى أداء عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (أحدها) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانها لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لانه تبرع بذلك أشبهه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالخالك إذا قضى عنه عند امتناعه ، فاما علي وأبو قتادة فانها تبرعا بالقضاء والضمان فانها قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما انه لم يترك وفاءه والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه بما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين لانه لم يمضن عنه ولا اذن له في القضاء

يكن له أن يرجع على الآخر بشي في إحدى الروايتين لأنه لم يضمن عنه ولا إذن له في القضاء فإذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها أن كان ضمن عنه بأذنه لأنه ضمنها عنه بأذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أداها عنه فملك الرجوع بها عليه كالأصل

(فصل) إذا ضمن عن رجل بأذنه فطوّل الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لأنه شغل ذمته بأذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبة بفكائه وتفريغه من الرهن والأول أولى ، ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فإذا رجع على الذي ضمن رجع على الآخر بنصفها أن كان ضمن عنه بأذنه لأنه ضمنها عنه بأذنه وأضاها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

( فصل ) وإذا ضمن عن رجل بأمره فطوّل الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لأنه شغل ذمته بأذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان لسيد مطالبته بفكائه وتفريغه من الرهن والأول أولى . ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منفعه فاما أن ضمن عنه بغير إذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال لأنه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبهه الاجنبي ، وقيل أن هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فإن قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وإن قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ماضى تفصيله ( فصل ) وإن ضمن الضامن آخر فقضى أحدهما الدين يرى الجميع فإن قضاء المضمون عنه لم

يرجع على أحد وإن قضاء الضامن الأول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني وإن قضاء الثاني رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه فإن لم يكن إذن له ففي الرجوع روايتان ، وإن أذن الأول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضمانه ولم يأذن الضامن لضمانه رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع على الآخر على إحدى الروايتين فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الأول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره

المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من مناعته ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبهه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعا فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لزامنه ، فان لم يكن إذن له ففي الرجوع روايتان ، وان إذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او إذن المضمون عنه لزامنه ولم يأذن الضامن لزامنه رجع المأذون له على من إذن له ولم يرجع الآخر على احدي الروايتين ، فان إذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فابرا الغريم أحدهما من الالف بريء منه وبريء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبراه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيئته عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتمال ان له صرفها الى ماشاء منها كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيتة وفي الابراء لفظ المبريء ونيتة ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه ونيتة

(فصل) ولو ادعى الف على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه باذكاره معترف انه لاحق له عليه وانما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه ، وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف بريء فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين انما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(مسئلة) وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إنما يرجع على من اذن له دون غيره

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الالف برىء منه وبرىء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبرأ الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيّنه عن الاصل والضمان انصرف اليه وان أطلق احتمال أن له صرفها الى ما شاء منهما مكن اخراج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ما شاء ومنها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبرىء ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعي ظلمه ، وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرىء ، فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف وبرىء ، وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاصيل فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ۥ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه اذن في قضاء مبرىء ولم يوجد ، وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن ان كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاء بينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها ، وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن اشهد عبيدين أو شاهداً واحداً فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبرىء فأشبهه مالهو قضى في غيبته

(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاة ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال الفاضلي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة



وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأذكر المضمون له ولا بينة له فاقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء منها فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط. وان قضاء بينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهراً والثاني ما أبرأه باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر.

﴿مسئلة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وانكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له. فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والاول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع. وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث.

﴿مسئلة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ولانه تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقييضه ورجع بالاقبل مما أحاله أو قدر الدين سواء قبض الغريم من الحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفس أو مطل لان الحوالة كالا قباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته . وان قضى بغيرينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبري، فأشبهه ما لو قضى في غيبته . فأما ان يرجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاء أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه الثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البيضة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبري في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبري في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له سار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلاً فمات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكي زفر ان لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يمت ، وقولهم ادخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وان ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

حنيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فإن شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الألف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله ان شاء، وان أدى احدهم الألف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفسه لزمه ما عليها ان لم يسلمها)

وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحة في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وأما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثار، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحمائل فخره الى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحمل» فجاء به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من أين أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لا خير فيها» وقضاها عنه رواء ابن ماجه ولانه ضمن ما لا يعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً. اذا ثبت هذا فكان الدين حالاً فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهر فان قضاء قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالـ كفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتني به الا أن يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على المكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يغرم

ولنا عموم قوله عليه السلام «الزعم غارم» ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالـ كفالة بالمال (فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلاً به وان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو رבעه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كبده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعناق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول إنه اذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لان ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلاً فضمنه حالا لم يصر حالا ولم يلزمه أدائه قبل أجله لان الضامن فرع المضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلاً فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياساً عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليصرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل



لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولا نا قد بينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء بالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانها قد يجب احضارهما بحسب الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنها، وتصح الكفالة بيدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح. ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل (فصل) ولا تصح الكفالة بيدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقه او لآدمي كحد القذف والقتصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع [لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين. ولنا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناه على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لها ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا، فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفاضل اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهما بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهما ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمسكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلاً ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالتن والضمن ، فاذا تكفل حالا كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالاجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه اشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفع الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكماً اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه واعادته ، وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك وأشوري والليث وأبو حنيفة وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والاثار ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى ( قال لن أرسله معكم حتى تؤنونا موثقاً من الله لتأتقني به الا ان يحاط بكم ) ولان ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال

(مسئلة) (وتصح يمدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة)

تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلوماً أو كان مجهولاً وقال بعض الشافعية لا يصح ممن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولانا قد

الغيبية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع إمكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الغرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

( فصل ) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسامه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا برىء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبه شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بيننا ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لاتتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما ويصح بيدن المجبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صححت مع الحضور صححت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المجبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالفصوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

( مسألة ) ( ولا يصح بيدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص )

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لعان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليبه محبوساً لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه إلى الحبس وإن توجه عليه حق المكفول له حبسه بالحق الأول أو حق المكفول له

(فصل) وإن كفّل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وإن جعله إلى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والأولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالتنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى منها عن أحمد في رجل كفّل رجلاً آخر فقال : إن جئت به في وقت كذا والافأ عليه علي فقال لا أدري ولكن إن قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما إن قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وإن قال إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم (فصل) وإذا تكفّل برجل إلى أجل إن جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لا دمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الأديين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « لا كفالة في حد » ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولا نه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالملوك من أجل دين الكتابة لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

﴿مسألة﴾ (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه ﴿مسألة﴾ (وإن كفّل بجزء شائع من إنسان أو عضو أو كفّل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضمن ما عليه صح في أحد الوجهين)

أما إذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يده أو بوجهه كان كفيلاً به فإن كفّل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لأن ما لا يسري إذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والإجارة ، وإن تكفّل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم يتعلق بالجملة



يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عاينه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك ما لك على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يحجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يحجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيهما عند

فيثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعاق (واشائي) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها.

(فصل) اذا تكفل بانسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بأخر أو ضامن ماعليه لم يصح عند القاضي فيهما لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب : يصح فيهما لانه ضامن أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان المهدة، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ماعليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يحجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يحجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالمهبة. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس.

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرط لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه. فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا ان يبري، المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفله بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئي من الكفالة بفلان أو ضمننت لك هذا الدين بشرط ان تبرئي من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئي من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيها فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المال

( فصل ) فان قال كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبرئ المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمننت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أن الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا (فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

( مسألة ) ( الا برضا الكفيل وفي رضا المكفول به وجهان )

يعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاء ، ولا يعتبر رضا المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان ( أحدهما ) لا يعتبر كالأضمان ( والثاني ) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يحمل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو أئزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

( مسألة ) ( ومتى أحضره وسلمه بريء الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر )

وجملة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالأضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقضى الحلول كالتمن والضمان فاذا تكفل حالاً كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يدعائه ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يدعائه لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كالأجارة فان امتنع من تسلمه بريء لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبرئ منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على ابتناعه رجلين وبرئ لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاً لانه أنى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدها أو انفك أحد الرهين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرعاً وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرىء المكفول به بريء كفيلاً ولو أبرىء أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة العقد بين فقد ألزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وتفترق صحة الكفالة الى رضى الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضى المكفول له لانها وثيقة اء لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان

فعل ما وقع العقد على فعله فبرىء منه ، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره ، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه ، وان كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كمن سلم المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي ان أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا بريء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولانه قد يسلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغية شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فمضى لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لأن مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولا نه يجعل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يحجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لأن حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وأما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يحجز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وان قال المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للباشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وأما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لأن ذلك الحبس يمنع استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنع استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يرده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه بربى الكفيل) اذا مات المكفول به بربى الكفيل وسقطت الكفالة، وبه قال شريح والشافعي وحامد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لأن الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به فبري الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما لزمه من أجله سقط عن الاصل فبري الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبري منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فإنه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بربى الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن



## ﴿مسئلة﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والشعبي  
 وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ماعليه  
 وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من  
 الوثيقة كالرهن ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما ألزمه  
 من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق  
 ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه  
 دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه الدين  
 فان نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل  
 مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان مادعاه محتمل  
 (فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه  
 كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف  
 بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون  
 المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاول أصح لانه  
 يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به فاما ان قال للمكفول به أبرأتك  
 عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه  
 لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

## ﴿مسئلة﴾ (وان تعذر احضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين)

مق تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره ألزمه ماعليه وقال أكثرهم لا غرم عليه  
 ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب به  
 الغرم كالكفالة بالمال

﴿مسئلة﴾ (وان غاب أهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ماعليه)  
 اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي  
 فيه واعادته وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا ان الحق يعتبر في وجوب

(المغني والشرح الكبير)

(١٤)

(الجزء الخامس)

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفّل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بأبراء المستحق أو موت المكفول به ، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفّل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة ، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفّل رجلا وقال ان جئت به في وقت كذا والا فاعليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه ، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه . فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الغد أو الى شهر كذا تعلق باوله علي ما ذكرنا في السلم . فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه

(مسئلة) (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا

اذا كفّل رجلا باذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

( فصل ) واذا كان لذي على ذي خمر فكفل به ذي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا برىء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم

( فصل ) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استمار عبده فرهته باذنه فان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق المكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه ( فصل ) واذا قال رجل لاخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة

لازمين للمباشر دون الآمر لانه كفيل باختيار نفسه وإنما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء ( فصل ) ولو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا

أن يقول أعط عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

( فصل ) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدي الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تتحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنيين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لها فادا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيلاه لانها فرعه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيلاه ولو أبرىء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل اعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لانه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) اذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع نخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فان قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده الا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق (فصل) قال مهنا : سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريباً لاثني فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر) لان عقد الواحد مع الاثني بمنزلة عقدين فقد ألزم احضاره عن كل واحد منهما فاذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفا أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع نخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وان قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له فان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح، وان قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف



## كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيرا من الخطاء ليبيغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) والخطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

### باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله (سبحانه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيرا من الخطاء ليبيغي بعضهم على بعض) الآية والخطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عز وجل أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى، والشركة نوعان شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لأنه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم

ولنا ما روى الحلال بإسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولأن العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال : لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وإن الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عنده يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أثمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم

ولنا ما روى الحلال بإسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولأن العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وإن الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أثمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه شراء الميتة والمعاملة بالربا وما خفي أمره ولم يعلم فهو مباح

فلم يعلم فالأصل إباحته وحله، فاما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته قال مأحِبٌ مَخَالَطَتُهُ وَمَعَامَلَتُهُ لَأَنَّهُ يَسْتَحِلُّ مَا لَا يَسْتَحِلُّ هَذَا، قَالَ حَنْبَلٌ قَالَ عَمِي لَا تَشَارِكُهُ وَلَا تَضَارِبُهُ وَهَذَا وَاللَّهِ أَعْلَمُ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِحْبَابِ لِتَرْكِ مَعَامَلَتِهِ وَالْكِرَاهَةِ لِمُشَارَكَتِهِ وَإِنْ فَعَلَ صَحَّ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَهُ صَحِيحٌ

### ﴿مسئلة﴾ قال ( وشركة الابدان جائزة )

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون به بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخشب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئنا بشيء ، وفسر أحمد صفة الشركة في الغنمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القتلى يختص به دون الغامين وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاكتساب والاعتناء لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الأصل فأما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل ما لا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لا يشاركه ولا يضارب به وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لتترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

( فصل ) وشركة العنان ان يشترك اثنان بما لهما ليعملا فيه بيديهما وربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لانها يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسهما وتساويا في السير فان عنائيهما يسكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال غنت الي حاجبها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

### ﴿مسئلة﴾ ( ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم او دنانير )

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير مغشوشة لانها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا من غير تكبير

( فصل ) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال : اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين ، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرهم عليه وقال احمد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم ، فان قيل فالغنائم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلى أخذ شيء فهو له ويجوز ان يكون شرك بينهم فيما يصبونه من الاسلاب والنفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحيء أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى إنما جعل الغنمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزله الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يباحها لهم فكيف يشتركون في شيء غيرهم ؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال ، وعلى أبي حنيفة

وحكاة عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها : لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها لانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز ، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمنازع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والاوزاعي وحامد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفها في المالين جميعاً وكون ربح المالين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الايمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالائمان ويرجع



أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كالواشتركا في الحياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله (فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي تصح الشركة لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كالواشتركا في الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحق فيهما من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك اذا اختلفت الصنائعان، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك لانها كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيها وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه (فصل) واذا قال أحدهما انا اتقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك صحة الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وأما له اجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما اتنا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يحز وجهاً واحداً لانه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولانها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمغشوش من الأمان هل تصح ؟ على وجهين (أحدهما) لا تصح سواء قل الغش او كثر وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ان كان الغش اقل من النصف جاز وان كثر لم يحز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مغشوشة اشبه مالهو كان الغش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الغش قليلا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم النقرة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كقبلة المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة، والمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى ايها دفعها برىء منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تتمتع إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما مالزم الآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي احدهما او تفريطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لانه لا بد له على ذلك (فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالسكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد في رواية اسحاق بن هاني، وقد سئل عن الرجلين يشركان في عمل الابدان فيأني احدهما بشيء ولا يأتي الآخر

العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احمد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها ممن فأسبعت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فأسبعت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لانه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿مسألة﴾ (الشرط الثاني أن يشترط لكل واحد منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثلث والرابع)

لانه أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطاً لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضاهما له وجبت الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فتعصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الاخر ان يعمل معه او يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فوافي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراها فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ثم حملاه على البهيمن او غيرهما صح والاجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن اجراهما بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمتها وانما استحق المشتري منفعة البيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتهما كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة يبيع للمال فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضل في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن بشرط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضعية فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قالوا الربح بينهما نصفين) لان إضافته اليها اضافة واحدة من غير ترجيح فاقضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قالوا الربح بينهما

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين

(مسئلة) (وان شرطاً لاحدهما جزءاً مجهولاً لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالتمن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالتمن في البيع

التي اكثرهما ولان الشركة اما أن تعمق على الضمان في ذمهما او على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته ، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرتي بيني وبينك لم تصح كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانها فان اعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لانها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يعمل بأداة هذا في بيت هذا والاكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدائنين اللذين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله ، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر اجر عملهما واجرا الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فانفقا على ان يعمل بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما ما شرطاً صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب

(مسئلة) (وان شرطاً لأحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد التوبين لم يصح) وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ۝ وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما اذا شرط دراهم مفردة ، وانما لم يصح لأمير (أحدهما) انه اذا شرط دراهم معلومة احتسب أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستغنى عن شرط له الدراهم (الثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولان العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح .

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لأحدهما ربح أحد التوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك الميعين دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي



الرأي لا يصح والربح كله لب الدابة لان الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من أقسام الشركة إلا ان تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكيها ، وقال القاضي يتخرج ان لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان اجر الدابة بعينها فلا جرم لملكها وان تقبل حمل شيء فحملة عليها او حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فلاجرة والتمن له وعليه اجرة مثلاً لملكها ولنا انها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض ثمنها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع ائمن المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها وهذا يتبين أن يخرجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحه ولان ربح نصفه هو نصف ربحه ، ووجه الاول أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراد ربح شيء من المال

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط أن يخلط المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالكين في شركة العنان اذا عيناها أو احضراها وبه قال أبو حنيفة ومالك الا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بان يجملاه في حانوتها أو في يدوكليهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالكين لانهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه ان تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على مالك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال: لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنمة أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه جائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة، وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وإن دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يجز مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لأنه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المعتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لأن هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء رآه جائزاً لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر قيل لا بئس عبد الله فإن كان النسيج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثمناً

ولنا أن الوضعية والضمان احد موجبي الشراكة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا (فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنائير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشراكة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ولنا أنهما من جنس الاثمان فصحت الشراكة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا رجع هذا بدنايره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه أحمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوماً المبتاع بنقد البلد وقوماً مال الآخر به ويكون التقويم حين صرف الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وهو قول الحسن والشافعي والنخعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لأن صاحب المال القليل أن أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وإن أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما في العمل ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشراكة عليهما كما لو تساويا (مسئلة) وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشراكة فهو بينهما

وعشرًا ثلثًا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب ويعلي بن حكيم انهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال ابو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس مانقل عن احمد صحة الشركة وما رزق بينهما على مباشر طاه لأنها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض عائتها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول أحمد جواز ما ذكرناه عنه من المسائل (فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر اكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذ تقديره أجر دابته لتكون أجرتها بيتنا وأو أجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيتنا، وتكون الاجرة كلها لصاحب البيعة لأنه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البيعة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا إذا أجرا الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منهما أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبيدي والاجر بيتنا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لأن كل واحد منهما بدفع المال الى صاحبه آمنه وبأذنه له في التصرف وكله ومن شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لأن العقد وقع على ذلك فأما ما يشترطه لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لأنه أعلم بنيتة

(مسئلة) وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلط المال وان لم يخلط فكذلك

لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يدل على خلافه

(مسئلة) (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لاشيء على العامل منها لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فإنه قد نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة وهذا مثله لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولأنهما وكلا العامل في كسب مباح بالآلة دفعها إليه فأشبهه ما لو دفع إليه أرضه أيزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعاً وهو ظاهر قول الشافعي لأن هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولأن من شرطها عود رأس المال سليماً بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكامله والراوية ههنا تخلق وتقص، ولا اجارة لأنها تفتقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لأنه لما غرّف الماء في الاناء ملكه فإذا باعه فثمّنه له لأنه عوض ملكه وعليه لصاحبه اجر المثل لأنه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاماً بأجرة نظرت في عقد

مختص بملك ربه لا شيء فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيما يحصل من الثماء فأشبهه المساقاة والمزارعة فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وان تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغيره لم يكن على العامل شيء.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وبجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لأن هذه عادة التجار، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله أن يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك أن أقر بالثمن أو بعضه أو اجرة المنادي أو الحمال لأن هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع وإدائه ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة. بطلاق الشركة لأن مبناها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما أنه لا يملكها لأنها ان كانت بيعاً فقد أذن له فيه وإن كانت فسحاً ففسخ البيع المضّر من مصلحة التجارة فذلك كالرد بالعيب والآخراً لا يملكها لأنها فسخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر لأن المنافع أجريت بحري الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لها وعليها لأن حقوق العقد لا تختص بالعقد



الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن رבעه بربع الأجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ قال ( وان اشترك بدنان بمال احدهما أو بدنان بمال غيرها أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بمالهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز )

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة البدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقى في خمسة أقسام ( ثلاثة منها المضاربة ) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

( فصل ) فان ردت السلعة عليه بعيب فله ان يقبلها وان يعطي أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

﴿مسئلة﴾ ( وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه على مال ولا غيره لان الشركة انعقدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحابي لان ذلك ليس بتجارة

﴿مسئلة﴾ ( ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا باذن شريكه )

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطراً فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى انسان شيئاً من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال ، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من انسان بضاعة ويعطيها بمن ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطراً على المال

﴿مسئلة﴾ ( وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يبيع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين )

أو مالان وبدن صاحب أحدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما إذا أخذوا المال بمجاهم فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلنا له وجهه لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لأن كلام الحرق في هذا التقدير يكون جامعاً لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مغللاً بنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعاً من المضاربة ، ولأن الحرق ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الحرق (والقسم الخامس) إذا اشترك بدنان بمالهما وهذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بمجاهم أو ثفة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشترى بينهما نصفين أو ثلثاً أو ارباعاً أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال أوله عين شيئاً من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بيننا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رأس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنف من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الإيداع والابضاع على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحال ، وهل له أن يبيع نساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار والربح فيه أكثر (والأخرى) لا يجوز لأن فيه تغريراً بالمال فإن اشترى شيئاً بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك لما ذكره ، قال شيخنا والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه مالو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التجار أن يحجز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز لتشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن أو يرهن بالدين الذي لها ؟ على وجهين أصحهما أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للإبقاء والارتهان يراد

وانما أهما اشتراكا في الاتباع واذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق ، وكذلك اذا قال ما اشتريته أو ما اشتراه احدا من تجارة فهو بيننا فهو شركة صحيحة ، وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصوماتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سذكروه ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه لانهما يشتركان فيما يشتركان بجاههما والجاه واحد يقال فلان وجيه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام ( وكان عند الله وجيها ) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يارب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسلك بحق النبي الامي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه .

للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فلك ما يراد لهما ، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص بالعقد وكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

( فصل ) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع في التجارة من الاضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بماله والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة ، فاما التمليك بغير عوض كالهبه والحطيطة لغير فائدة والقرض والعنق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العدل برأيه في التجارة وليس هذا منها

( مسألة ) ١ وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له ، الا أن يأذن شريكه اذا استدان على مال الشركة لم يحجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته ، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجهه الفأ فهو له ربحه له والوضعية عليه ، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما لانه تمليك مال بمال اشبه الصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يحجز كما لو ضم اليها الفأ من ماله ، ويفارق الصرف فانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدرهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كبقية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بما لهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما لهما على أن يعمل فيهما بأبدانها والرج بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر. وأما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقبل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنايتهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عنى اذا عرض يقال عنت لي حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير قلها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زمننا من غير نكير، فالما العروض فلا يجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب وحكام عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الراي لان الشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او اثمانها: لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفارقة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع اليه وقد يزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز ولنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان ينفرد احدهما به كالأبراء

(مسئلة) (وان تقاسما الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تتكافأ ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل فالما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجح الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والتخفي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن اضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالعيب



فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدها قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فأنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال أحمد إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، فظاهر هذا صحة الشركة، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والشافعي وحماد بن أبي سليمان لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالجوب والادهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين لأنها من ذوات الأمثال أشبهت النقود ويرجع عند المفصلة بثمنها وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بثمنها

(مسئلة) (وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيئه وختم الكيس وإحرازه) لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف أن هذه الأمور يتولاه بنفسه (فإن استأجر من يفعل ذلك فلا جرة عليه) في ماله لأنه بذلها عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة أن يستتبع فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والدعاء (فله أن يستأجر من يفعله) من مال القراض لأنه العرف

(مسئلة) (فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لأنه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمراة التي تستحق على زوجها إذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر أن له الاجرة لأنه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالأجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الأفي نوع من المتاع أو بلد بعينه أولا يبيع الا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو ساعة بعينها أو مالا يعم وجوده كاليقوت الأحمر والحلبلق لم يصح لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما اشتري به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثله كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الاثمان قل الغش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول

ولنا أنها مغشوشة فأشبهه ماله كان الغش أكثر ولأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً لمصلحة النقد كسير أفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالكا ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ممن فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلاً وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلامة بعينها كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وأما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال فإنه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضاً فإنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسألة) (وفاسد مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح أو ضمان المال أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو أن يوليه ما يختار من السلع أو يوافقها أو أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فأ يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو أن لا يعزله مدة بعينها أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن اشتري منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لأنه لا بد من الرجوع به عند المفصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دينارين نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولا نهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، ومتى تفادى يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهم ثم اقتسما الفضل نص عليه أحمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهم وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي إذا أرادا المفصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا (فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك ولنا أنهما مالان من جنس الأثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

ما يختار من السلم أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو منع الفسخ الجائز بحكم الأصل .  
(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءا من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكيسين أو أحد الالفين أو أحد العبدین أو أحد السفرتين أو ما يرجع في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد بشترية أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو بيمضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوما .

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئا من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معللا، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لان الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ولان الجهالة تنم عن التسليم فيفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره ولأنه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضرهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل.

ولأننا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالها وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا أن الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه أحمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن المسمى بمقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال كل واحد منهما ميمزاً وربحه معلوماً فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً ميمزاً وباقيه مختلط

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعناق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالزراعة إذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع، ودليل فساد هذه الشروط أنها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز

(مسئلة) (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لأن التصرف صحيح لكونه باذن وب المال والوضعية عليه لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لأنه ناء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساوى مالاها وعملها تقاض الدينان واقتسما الربح نصفين وإن فضل أحدهما صاحبه يقاض دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وإن عزل أحدهما صاحبه أعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه ۝ وللعازل التصرف في الجميع لأن المعزول لم يرجع عن اذنه



كان له ما عيز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واختار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن احمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كما انسكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام احمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لما سكه لانه نماؤه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

( فصل ) وشركة الغنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه ائمنه وبأذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنساً أو نوعاً أو بديداً تصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالأذن فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاضع في الدين هذا إذا نض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزل رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلاً وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبيع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا انما يصح اذا كان الربح على قدر المالكين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيعين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للعولي عليه . فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحبل ويحتال ويرد بالعيب فيما يليه هو وفيما يلي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت بحرى الاعيان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لها وعليهما لان حقوق العقد لا تختص بالعقد .

( فصل ) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لان الشركة تعتقد على التجارة وليس هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ، وليس له أن يفرض ولا يجاني لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن ايجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفاً فهو له وربحه له والوضيعة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لها لانه تمليك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد يخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه يبيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

( فصل ) قال رضي الله عنه ( الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما ) فاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من اضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى ( وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكان صاحب المال اقتطاع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا ، وينقصد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناها لان القصد المعنى تجاز بكل ما دل عليه كالكوكالة وهي تجمع على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسافعا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعاً وقدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة

وليس الاقرار داخلا فيها ، وإن أقر بسبب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه أحمد وكذلك إن أقر بقيمة ثمن البيع أو بجميعة أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبها وله أن يعطي ارش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لها عن غريمها لزم في حقه وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه وإن كان لها دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن يفرد أحدهما به كالأبراء

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ماعنده فهو يؤدي مما في يديه فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً للشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يضع أو يودع؟ على روايتين

عن الحسن أن علياً قال إذا خالف المضارب فلا ضمانهما على ما شرطاً وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعاً ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة فإن الدراهم والدنانير لا تنمي إلا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج إليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجة

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه أحمد وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والأوزاعي الربح بينهما نصفين كالأول وقال والربح بينهما فانه يكون بينهما نصفين كذا هذا ، وأنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فلما إذا قال الربح بينهما فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصفين لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة فلم يرجح أحدهما على الآخر فافتضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك (مسئلة) (فان قال خذه فاتجر به والربح كله لي فهو ابضاع) لأنه قرن به حكم الابضاع فانصرف إليه (مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لافتراض لان قوله خذه فاتجر به يصلح لهما

(إحداهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدب الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال ، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لأن فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون التبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له « وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة » فاما الاقالة فالأولى أنه يملكها لأنها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة إذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه « ويحتمل أن لا يملكها إذا قلنا هو فسخ لأن الفسخ ليس من التجارة ، وإن قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه وإن قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفى الضمان فلا يفتني شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إباحة صحيحاً لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف إليه كما لو قال اتجر به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنهما دخلا في القراض فاذا شرطه لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كالمو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما « ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) إذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث

الربح أو ربه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه مأوؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحققه وما بقي فرب المال بحكم الأصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)



والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تمليكاً بغير عوض كالهبة والخطيطة لغير فائدة والقرض والعق وكتابة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضعته عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردهما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجزي ههنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انزل المعزول فلم يكن له أن يتصر إلا في قدر نصيبه وللعازل التصرف في الجميع لان المعزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وإن كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالضارب اذا عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه يعزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبهه الوكالة . فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أحيب طالب القسمة دون طالب البيع . فإن قيل اليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلائمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم ان الباقي له لانه لو قال أوصيت به هذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا ههنا وهي أصح

(فصل) فإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿مسألة﴾ (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيرا) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي ما يدعيه المدعي (فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلاث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أحجب إليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح الا بالبيع فاستحقته العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منها في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه انهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الأتمام وان قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضاً أيضاً ومعناها ان يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى ( وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منها في الربح

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفعل كذهبننا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لها جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح بيننا ، وان شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربهه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بأبدانهما فلم يجز تفاضلهما في الربح كشركي الأبدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفردا ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين، وشركة الأبدان كمسئلتنا لا يجب التساوى فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بالف لهما جاز فان شرطاً له ربعاً متساوياً منها جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما له ، وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسمهم « ويسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا وقدا به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال وأربح كله فقالوا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يأمر المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا مخالف لهما في الصحابة فصل اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدراهم والدنانير لا تسمى الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . اذا ثبت هذا فانها تتعقد بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط احدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

( فصل ) اذا شرط جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبيدهما صح وكان مشروطاً لسيده فاذا جمعا الربح بينهما وبين عبد أحدهما اثلاثا كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح وكانا عاملين وان لم بشرطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي ، وحكي عن أصحاب الرأي انه يصح ، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارهم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطا لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لأن المقصود المعنى فجاز بما دل عليه كلفظ التملك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ماجاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله وما جاز أن يكون رأس المال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك لأنه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصته ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصته مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربح، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ قلنا انما تمنع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فإنها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة انما تحصل إذا كان الربح بينهما قاما إذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كلما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه لأنها في معناها ﴿مسألة﴾ (وإذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الأقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا تصرف العامل نفذ تصرفه لأنه اذن فيه رب المال فإذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ مع أن البائع قد اذن له في التصرف؟ قلنا لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان اذن البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا اذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لأنه اذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه تمام ماله وانما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاً قال وهذه شركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان ابضاعا لا غير وبهذا كله قال الشافعي « وقال مالك لا يجوز ان يضم الي القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد اجارة . ولنا انهما لم يجعلا احد العقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا

( فصل ) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك وانحربها والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل . ولنا انهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز ان ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لهما كما انه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يحز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلها في شركة العنان ولنا انه اشترط لنفسه جزءا من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملا منها فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلها في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولوا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سنده انشاء الله تعالى

( فصل ) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج احدهما الفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية ابي

فيثبت المسمى في فاسده كالتسكح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحيح الشركة بالعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت اقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من توابع المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة « ونمنع وجوب المسمى في التسكح الفاسد وإذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه إنما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تباعا فاسداً وتقابضا وتلف احد العوضين في يد قابضه وجب رد بدله ، فعلى هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يطر فان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو اخذ له بضاعة

( الفصل الثالث ) ان لا يضم من ما تلف بغير تعديه وتقريطه لان ما كان المقبوض في صحيحه

( الجزء الخامس )

( ١٨ )

( المغني والشرح الكبير )



الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والحرق على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الآخر من الآخر كالمال وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصحه ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان (أحدهما) أن يشركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجعلا

مضمونا كان مضمونا في فاسده ومالم يضم في صحيحه لم يضم في فاسده، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضم ولنا أنه عقد لا يضم ما قبضه في صحيحه فلا يضم في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضم الاخير ما تلف بغير فعله ولا تعديده كذلك ههنا (مسئلة) (وإن شرطتا قيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتري (احدهما) يصح قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الف مضاربة شهراً فاذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فاذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضاً وهذا قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لأمر ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع ويان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناصباً فاذا منعه البيع لم ينص (الثالث) أن هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع يبعه بعد السنة فيمنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره ( والثاني ) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو مجده من ركاز أو لقطة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارش جنابة وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وبهذا قال الشافعي ، وأجازة اشوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حرين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير . واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة » ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولنا أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولأن فيه غرراً فلم يصح كيبيع الغرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه إلا كساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ولا رواء أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه « ولا تجادلوا فان الجادلة من الشيطان » وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كيبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يبطل بالوكالة والوديعة والثاني والثالث يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولأن لرب المال منعه من التصرف في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال إذا انقضت السنة فلا تشتري شيئاً وقد سلموا صحة ذلك

(مسئلة) ( وان قال بع هذا العرض وضارب بضمنه أو قبض وديعتي وضارب بها أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمناً عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال قبض المال من غلامي فضارب به ، وأما إذا قال إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح ) لانه اذن في التصرف فجاز تعاقبه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الالف وقارق الدين فانه لا يصير ملكاً للغيرم الا بقبضه ، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز ان يضارب عليها لما نذكره

## ﴿ مسألة ﴾ قال ( والربح على ما اصطالحا عليه )

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، وأما شركة العنان وهو أن يشترك بدينان بماليهما فيجوز أن يحملا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وإن تفاضلا فيه مع تساويهما في المال وهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصص من الربح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط فإذا عدم وقال الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

( فصل ) ولو كان له في يد غيره مال مضمون فضارب الغاصب به صح لأنه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولم يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديعة فإذا ضارب به سقط ضمان الغصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينال في الضمان بدليل ما لو تعدى فيه

ولنا أنه مسك للمال بأذن مالك لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فاشبهه ما لو قبضه وقبضه أياه

﴿ مسألة ﴾ ( وإن قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح ) نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناله على رجل مضاربة ومن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي ، وقال بعض أصحابنا يحتمل أن يصح لأنه إذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشتراه بأذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع ثمنه إليه فتراذمت منه وصير كما لو دفع إليه عرضا وقال به وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال والمضارب أجر مثله

فجواز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه أولى لان عقادها على العمل الجرد ، وأما شركة الوجوه فكللام الحرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل وهو قياس المذهب لان سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولا نها تتعقد على العمل وغيره فجواز ما اتفقا عليه كشركة العنان ، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لاتفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجواز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذلك ههنا ، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لانه مضارب لصاحبه في ألف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وان شرطاً له دون نصف الربح لم يجز لان الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وان جعل الربح بينهما نصفين فليس هذا

لانه علقه على شرط ، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وانما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا ، فان قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لانه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون راس المال معلوم المقدار فان كان مجهولاً او جزافاً لم تصح وان شاهدها وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور واصحاب الراي تصح اذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها ولانه لا يدري بكم يرجع عند المفاضلة ويفضي الى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما اذا لم يشاهده

(فصل) ولو احضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما او اختلف لانه عقد تمنع صحته الجبالة فلم يجز على غير معين كالبيع (مسئلة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صاح) ذكره الحرقي ونص عليه احمد في رواية ابي الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجعل له هنا في مقابلة عمله شيئاً وإنما جعل الربح على قدر الماين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يحز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشترك بدينان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان جميعاً فيه فان للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه بالوالم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلاحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحتنا ( فصل ) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله ارب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بينهما لكان بينهما نصفين كذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بينهما فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويحلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخاف موضوعها وتناول القاضي كلام احمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن يفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

( فصل ) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصاحبه اليه كما يصح ان يضم اليه بهيمته يحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

( فصل ) وان اشترك مالان بيدن صاحب احدهما فهذا مجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الالفين لصاحب الالف



ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليهما اضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية كما  
أوقال هذه الداريني وينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو جزء معلوماً أي  
جزء كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماء وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط  
استحققه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل . وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح  
ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان ( أحدهما ) لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له  
شيء فتكون المضاربة فاسدة ( والثاني ) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب  
الرأي لان الربح لهما لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ  
كما علم ذلك من قول الله تعالى ( فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا مه الثلث ) ولم يذكر نصيب الأب فعلم  
أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا  
ههنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع  
الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال خذ مضاربة على  
ثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله فان  
رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثروا يقل وإنما تنقدر حصته بالشرط  
فكان الشرط له ، ومتى شرطاً لأحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلاً كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق  
ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لانه جعل  
له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصّة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال  
شريكه ، وحصّة مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربع ، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس  
المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتنع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا  
كانت مع العامل فانها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع صحة المضاربة وان شرط للعامل ثلث الربح  
فقط فالصاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا  
قال ربح مالك لك وربح مالي لي فقبل الآخر كان لبضاعة لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك  
لا يجوز ان يضم الى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد إجارة . ولنا أنهم لم يجعلوا أحداً العقدين  
شرطاً للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

( فصل ) إذا دفع اليه ألفا مضاربة وقال أضف اليه ألفاً من عندك واتجر بهما والربح بينهما لك  
ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضاً وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لان الشركة إذا وقعت على  
المال كان الربح تابعا له دون العمل

ولنا أنهم تساوا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة أضعاف لأن هذا معناه وإن قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وإن قال لك ربع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

(فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم، وإن قال خذ ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما وإن كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لأنه مجهول .

(فصل) وإن قال خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضاً لا قرضاً لأن قوله خذ فاتجر به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه، وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه نفى الضمان فلا يلتقي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك، وإن قال خذ فاتجر به والربح كله لي كان ابضاعاً لأنه قرن به حكم الابضاع فانصرف إليه فإن قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه، وإن قال خذ مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح

مال قولهم إن الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لهما كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يحز، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد، وفارق شركة العنان لأن فيها عملاً منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وإن جعل الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان ابضاعاً كما تقدم وإن قالوا مضاربة فسد العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا أن حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أولاً يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء إذا لم يمه عنه؟ فيه روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه نائب في البيع فلم يحز له ذلك بغير إذن كالوكيل، يحقق ذلك أن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسبة تغير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لأن أذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة أن الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولأن الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كالتى قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنهما دخلا في القراض فاذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فضل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز وإن قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله والربح بينهما وان شرط لأحدهما ثلث الربح والآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنهما شريكان في العمل بأبدانها فلا يجوز تفاضلها في الربح كشريكي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلها في العوض كالأجيرين ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان بل هي كمسئلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينهما أن ذلك عقد واحد وهذا عقدان

تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يحز تأخيرها بخلاف المضاربة، فان قال له اعمل برأيك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تغريرا أشبه ما لو لم يقل له ذلك ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فقلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضممه إلا أن يفرض ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وإن قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الأجنبي إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الأجنبي على الإجازة فهنا مثله ، ويحتمل كلام الخرقى صحة البيع فانه قال إذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه بتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه وإن قلنا بصحته احتمل أن يضممه بقيمته أيضاً لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضممها واحتمل أن يضمم الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فعلى هذا أن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضم شيئاً

(فصل) وان قارض اثنين واحداً بألف لهما جاز واذا شرطاً له ربعاً متساوياً منهما جاز وان شرطاً أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يحز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطاً التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاً لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان ذلك مشروطاً لسيدته فإذا جعلاً الربح بينهما وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاً لأجنبي أولولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين، وان لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرطه لقريب العامل أو لقريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لانه إنما يستحق الربح بما عمل وليس هذا واحداً منهما فما شرط لا يستحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرطه دراخم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لان في السفر تغريباً بالمال وخطراً ولهذا يروي: ان المسافر وماله على قلت الا ما وفى الله. أي هلاك ولا يجوز له التغريب بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر اذا لم يكن خوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة والمادة جارية بالتجارة سفرأً أو حضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما ان أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع خوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في الطريق مخوف ولا الى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه تعدى بفعله ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا ان يشتري بأكثر منه مما لا يتقايين الناس بمثله فان فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولان الضرر ينجر بضمن النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لانه بيع لم يؤذن فيه اشبه بيع الاجنبي، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً وان أمكن رده وجب ان كان باقياً أو

الثلاثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والخسار في الشركة كالخسار في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والخسار في الشركة كالخسار في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنهما إذا أطعناهما ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيتها في المشتري لان لها أصلاً يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فانه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الابدان فلا مال فيها يتقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

### (مسئلة) قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثا فالوضيعة أثلاثا لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما ، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيتها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

قيمه ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتقارب الناس بمثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن التحرز منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحارقي ، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشترىه لفلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بعرض وبشترى به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل حكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل ، وان قال اعلم برأيك فله ذلك وهل له المزارعة يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يبتغى بها الثناء فعلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه



والوضعية في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من البناء فأشبه المساقاة والمزارعة فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغيره لم يكن على العامل شيء.

### ﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ومن حفظنا ذلك عنه مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء

(فصل) وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب فإن اشتراه يظنه سليماً فإن مغيباً فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الأرض فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيله فيحمل الأمر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المغيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساكه نصيبه إلا أن لا يعلم البائع أن الشراء لها فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض فإن حكمه حكم ماله أراد شريكه ذلك على ما فصلناه.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لأن فيه ضرراً ولأنه لاحظ للتجارة فيه فإن اشتراه بأذن رب المال صح لأنه يصح شراؤه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفس المضاربة في قدر ثمنه، وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه فإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشتري ما ليس له أن يشتريه فهو كما لو اشتري شيئاً بأكثر من ثمنه ولأن الأذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقِد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فإن فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح (فصل) وإن دفع إليه الفين مضاربة على أن كل واحد منهما يربح ألف أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفاً وقال لك ربح نصفه لم يحز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه بعبارة الأخرى. ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الآخر فلم يحز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدي إلى انفراجه بربح شيء من المال

﴿مسئلة﴾ (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدى الروايتين

والأخرى لا يضمن)

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقداً أو نسيئة أو قال بنقد

لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لأن مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لأن الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه ماله ألتفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشترى به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فطر فيه ومتى ظهر في المال ربح فله ائصال حصته منه وقال أبو بكر إن لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لأنه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى، فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون باذنها لأن الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يضرها لأنه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها أيها ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيما

البلد أو ذكر نقدا غيره جاز ولم تجز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (احدهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الاعلى وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال وقربنة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كانه قال به حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصده الربح والربح في النساء اكثر ويفارق الوكالة المطلقة فانها لا تختص بقصد الربح وأما المقصود بحصول الثمن فحسب فاذا امكن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيرها بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يجز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقربنة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وأما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال .

( فصل ) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يديه وقلنا يتعلق الدين بربته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي ألتف عليهم بالعتق وأن نهاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملك بالاذن وقد زال بالنهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتريه السيد يصح شراء المأذون له كالاجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان اذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يعتق بالشراء

( مسألة ) ( وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء )

فان لم يظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ماله وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : ( أحدهما ) لا يعتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه اكون الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق

المالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فههنا مثله ويحتمل قول الحرقى صحة البيع فانه إنما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل بضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما لتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضممه بقيمته ايضاً لانه لم يفك بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

( فصل ) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تقريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى ان المسافرين وما له على قلت إلا ما وفى الله تعالى . اي هالك ولا يجوز له التقرير بالمال بغير إذن مالكه والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكى ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فذلك مطلقاً وهذا الوجهان في المطلق . فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك ( والثاني ) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملصكه بفعله فعق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربحاً ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالمالك في الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشرى كى العنان

( فصل ) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليمه في البيع الاول، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعوماذ كرنا

( فصل ) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعل فعليه المهر والتعزير وان علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرينة دالة على احد الامرين تعين ذلك وثبت ما امر به وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعاً وكذلك لو اذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف ولا الى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه متعدد بفعل ما ليس له فعله ، وان سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي والاك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الراي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمل . ولنا ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وعن الطب ولانه دخل على انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة افضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى ما نفقه ، فاما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من ما كول وملبوس ومركوب وغيره قال احمد في رواية الاثرم احب الي أن يشترط نفقة محدودة وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من الماء كول ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي قال لا أما له النفقة وان كان سفره طويلاً يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام احمد جوازها لانه قيل له فلم يشترط الكسوة الا انه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى كسوة فقال إذا اذن له في النفقة فعلم ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من ماء كول

عن احمد أن عليه التعزير فقط لان ظهور الربح ينشئ على النقوم وهو غير متحقق لاحتمال أن الساع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد فانه يدراً بالشبهات

( فصل ) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لأنها مملوكة فان أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك وان اتفقا عليه جاز لان الحق لهما

( فصل ) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير اذن نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله ، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لانه انما دفع اليه المال ههنا ليضارب به ودفعه الى غيره مضاربة يخرججه عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز ايجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده الى مالكة ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان وانصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبزده بدله إن تلف أو تعذر رده فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على



أو ملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد تنقل وقد تكثر، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالتفقت على قدر المالكين لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر المالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر أما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقد قيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك (فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتعابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص لأن الضرر يجبر بضمان النقص، والقياس أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي لأنه يبيع لم يؤذن له فيه فأشبهه يبيع الأجنبية، فعلى هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا

وجه الأمانة وإن علم رجم عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه، والثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بحرية أمة وإن ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجره مثله؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذن أشبه الفاصب، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح فيما اشترى في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه مالهو ينقد الثمن من مال المضاربة، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالفاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الفاصب الأول لأنه غره واستعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما انفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته إن كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لأن التلف حصل في يده وأما ما يتغابن الناس بمثله فغير ممنوع منه لأنه لا يمكن التحرز منه وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال إلا أن يحيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الخراقي، وقال القاضي إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا

(فصل) وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز أن يبيع عرضا بمرض ويشترى به فان قلنا لا يملك ذلك ففعله في حكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيتك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لأن المضاربة لا يفهم من الملاحقة المزارعة وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعاً فربح فيه فالمضاربة جائزة بالربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لأنها من الوجوه التي يبتغى بها النماء وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب

إليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقاً لأصول المذاهب ولا لنص أحمد فإن أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما والثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفع إليه الغاصب مضاربة ولأنه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

(فصل) فإن أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون المضارب الأول وكيل رب المال في ذلك فإن دفعه إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً منه لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل والربح إنما يستحق لواحد منهما فإن قال اعمل برأيتك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيتك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناول له (فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة فإن قال له اعمل برأيتك جاز ذلك وهو قول مالك والنوري وأصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولنا أنه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيتك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول له اعمل برأيتك فيملكها

فإن اشتراء يظنه سليماً فإن معيياً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب أو إمساكه وأخذ ارش العيب فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ وأما الشريكان إذا اختلفا في رد العيب فطالب الرد رد نصيبه ولا آخر إمساكه نصيبه إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعاً فلا يلزمه قبول رد بعضه لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه فلم يجوز ادخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه لأن عليه فيه ضرراً فإن اشتراه بأذن رب المال صح لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه لأنه قد تلف ويكون محسوباً على رب المال فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه وإن كان بغير إذن رب المال احتل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولأن الأذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراء في الذمة وقع الشراء للعائد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وإن فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً فإن فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرأً ولا يصح أن يشتري خمرأً ولا يبيعه وإن كان ذمياً فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداءً فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولأن الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاللينة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداها منع منه في الأخرى لأن المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والأمانة

(مسألة) (وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول)

وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بأذن الأول جاز وكذلك إن لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الأول أو يكون المال الأول كثيراً

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لأن مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لأن الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبهه ما لو أنلفه بفعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر إن لم يكن العامل عالماً بأنه يعتق على رب المال لم يضمن لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معيماً لم يعلم بعيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(فصل) وإن اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضع فإن قلنا يلزمه رجع به على العامل لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وإن اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إذا كان بغير إذن لأن الأذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وشراء زوجها يضرها لأنه يفسخ نكاحها ويضرها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسواء ابنها

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يحجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لأنه عقد لا يملك به منافع كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك

ولنا أن المضاربة على الحظ والنها فإذا فعل ما يمنعه لم يحجز له كما لو أراد التصرف بالعين وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا أن فعل وربح رد الربح في شركة الأول وليقسمانه فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع إلى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأولى لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأولى فكان بينهما كربح المال الأول فأما حصته رب المال الثاني من الربح فيدفع إليه لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولأننا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاختص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فإن كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وإن حكما بصحتها وجب صرف حصته رب المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا: والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح الثانية شيئاً لأنه إنما يستحق بماله أو عمله ولم يوجد واحد منهما وتمدي المضارب إنما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الأول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولما أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بأذنه صح وعق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء لانه الذي أنلف عليهم بالعتق وإن نهى عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالأذن وقد زال بالنهي وان أطلق الأذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة اذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافا على السيد فان أذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يعتق بأشراء

(فصل) وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ما يملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي

التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولانه لو أوجب عوضا لاوجب شيئا مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة لم يحز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الاول ضرر لقول أحمد اذا اشترط النفقة صار أجبراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وان كانت لا تشغله قال ما يعجبني أن يكون إلا بأذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه واتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلاً فاشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا اصطلاحاً عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فأنثلت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب



بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك ( والثاني ) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسرا ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحداً لوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشركي العنان ( فصل ) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تنازل أكثر منه فان كان رأس المال ألفا فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا (فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتعزير وإن علقته منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقته منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتهما ونحو هذا

ولاننا لو جعلناها للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سبباً لانقراذه بالربح وحرمان المتعدي عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناها شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضا وليس له مال ولا عمل

( فصل ) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحامد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركتة في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالاً يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنها يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحامد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو الرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح والباطل والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروا انه يتصدق بالربح الا حنبلي

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيه في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح ينبي على التقويم والتقويم غير متحقق لانه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد لانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكرأ ويمرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكة وان علقته منه صارت أم ولده وولده حر كذلك ونخرج من المضاربة ونحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لا تحصل الا بملكه لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل ممنوع لوجهين (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ماروى أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض لابي عبد الله عليه السلام جلب فأعطا بي ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» «أتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحجبت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فحجبت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان للمالك كما لو غصب حنطة فزرعها فاما المضارب ففيه روايتان (أحدهما) لا شيء له لانه عقد عقد ألم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاسد وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق النامل عوضاً كما لو عقده بأذنه وفي قدر الاجر روايتان (أحدهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ونقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيء

دفع اليه المال ههنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) ان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز لإيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكة ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً أو تعذر رده ، فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لانه غره فأشبهه مالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح للمالكة ولا شيء للمضارب الأول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب ، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشترى في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه مالو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك فالاجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالنداء على المتاع ونقله الى الحان فليس على العامل عمله وله ان يكتري من يعمل له نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبرعاً فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه اجراً فنص أحمد على أنه لا شيء له ، وخرج أصحابنا وجهاً أن له الاجر بناء على التبرك اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضوعين لانه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين (أحدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائباً عن رب المال فانه حينئذ لا يكون مطالباً به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا ان ترك الخصومة والمطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فأما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فانه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

الثمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالفاسد وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بعوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم نفذ المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ولا لنص أحمد فان أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منهما والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الغاصب مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى

(فصل) وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون العامل الاول وكيلاً لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم يشترط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبداً لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بمحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشترى من مال المضاربة شيئاً لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لما ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استغرقته الديون لان انغماء يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

(المغني والشرح الكبير) (٢١) (الجزء الخامس)

والربح إنما يستحق بواحد منها وإن قال عمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه  
لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله عمل برأيك يعني في  
كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناولها  
(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة  
فإن قال له عمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس  
له ذلك وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولنا أنه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله عمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به  
ليس له فعلها إلا أن يقول عمل برأيك فيملكها

(فصل) وليس له أن يشتري خمرًا ولا خنزيرًا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً والآخر  
ذمياً فإن فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر  
وبيعه إياها لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به، وقال أبو يوسف ومحمد يصح  
شراؤه إياها لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل ولا يصح بيعه لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله  
ولنا أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرًا ولا يصح أن يشتري خمرًا ولا يبيعه وإن كان ذمياً  
فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولأن الخمر محرمة فلا  
يصح شراؤها له كالخنزير والميتة لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكل ما جاز في الشركة  
جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الأخرى لأن  
المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة

صار مستحقاً للفرءاء فصح شراء السيد منه كبقية الفرءاء والاول اولى لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن  
تعلق حق الفرءاء به كالعبد الجاني

(فصل) فإن اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه أحمد وبه قال  
مالك والثوري والاوزاعي وإسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو نؤير البيع باطل لأنه شريك  
ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشراء الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً إذا ظهر الربح  
لأنه إنما شارك في الربح دون أصل المال فإن ظهر ربح فشراؤه كشراء أحد الشريكين من شريكه

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح)

لأنه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه إن لم  
يكونا يعلمان كيله فلا بأس وإن علم كيله فلا بد من كيله يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وإن  
باعه إياه بالكيل والوزن جاز

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لأنه ملكه)



﴿مسئلة﴾ قال ( وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على

الاول فان فعل وربح رده في شركة الاول )

وجملة ذلك انه اذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج الى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك وانا ان المضاربة على الحظ والنماء فاذا فعل ما تمنعه لم يكن له كما لو أراد النصرف بالعين، وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا اذا فعل وربح رد الربح في شركة الاول ويقسمها فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الاول فكان بينهما كرجح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يستقط حق رب المال الثاني ولانا لو ردنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكما بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئاً لانه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ويخرج أن يصح في الجميع بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحرض فيها مال الشركة أو غيراً جاز نص عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الاجني ، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

﴿مسئلة﴾ (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر )

المضارب أما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولو أوجب عوضاً لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة فيكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولا ضرر فيها فقال أحمد إذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فإنما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فإن كانت لا تشغله؟ فقال ما يعجبني أن يكون إلا باذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وإن فعل فلا شيء عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وإن أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه أو آجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاختلف العبدان ولم يتميزا فإنهما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فأنشأت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجهين (أحدهما) يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين، والاول أولى لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاستبراء عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولا تالوا جعلناهما للمضارب أدى إلى أن يكون تفريطه سبباً لاقراده بالربح وحرمان المتعدي عليه وعكس ذلك أولى وإن جعلناهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل.

وهذا قال ابن سيرين وحامد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف إذا شخص به عن البلد لأن سفره لأجل المال فكانت نفقته فيه كما أجر الحمل

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وممن الطيب لأنه دخل على أنه لا يستحق من الربح إلا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن ينخص بالربح إذا لم يربح سوى النفقة، فأما أن شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» فإن قدر له ذلك فحسن لأن فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الأثرم أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وإن أطلق صح نص عليه، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال أحمد إذا قال له نفقته فإنه ينفق قيل له فيك تسبي؟ قال لا إنما له النفقة، فإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لأنه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بشئ اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناول قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالاً يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الأوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لأنه نوع تعد فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على إجازة المالك فإن أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى الكسوة فقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس والمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعبد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسماء تختلف وقد تقل وقد تكثر

(مسئلة) (فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في انقوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله لأنه العادة فينصرف الاطلاق إليه كما انصرف إليه في الاطعام في الكفارة، فان كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين لأنها لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرها إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له ذلك لأنه إنما استحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقة ذاهباً وراجعاً فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً نص عليه أحمد لأن البضع لا يباح إلا بملك أو تكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو ليلى عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة انت جلب فاشتر لنا شاة» فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فحُتت أسودهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومتني فبعت منهما شاة بالدينار فحُتت بالدينار وبالشاة فقالت يا رسول الله ﷺ هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الأثرم ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان لما ملكه كما لو غصب حنطة فزرعها، فالما المضارب فيه روايتان (أحدهما) لا شيء له لأنه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالعاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (أحدهما) أجر مثله مالم يحط بالربح لأنه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة افاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لأنه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لأنه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد التكاح فتعين الملك ويخرج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا — (مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال) يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الاخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً (فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (إحدهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لا يملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك والشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولأنه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكاً كأحد شريكي العنان ولا يتمتع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولأنه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يظاً جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب

(فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخرس عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب أن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وأحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة لأن العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الحان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمل له نص عليه أحمد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمصلحة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعاً فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجهاً أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي (فصل) وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والخاصة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية وتسع درهم فإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة وتسع ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحققا من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث لأنه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد أخذ منه الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(مسألة) (فإن اشترى ساعتين فربح في أحدهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت

الوضعية من الربح)

إذا دفع إلى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الاثنين وبه قال الشافعي إلا فيما



الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتض وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على شرطها لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالتقصاص اليها والمصالحة كذلك لكونها شريكتين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدین فان أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة احدهما بربح الأخرى فبطل تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خاصة وقال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح لان المال انما يصير قراضاً بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً آخر واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف

في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعاً، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً فضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما بربح الآخر فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجز نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهاء عن ذلك

## ﴿مسئلة﴾ قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً ، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهباً وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك والشافعي قولان كالمذهبين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشرطي العنان ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه

﴿مسئلة﴾ (وان تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة به فهي له وتمنأ عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال)

وذلك لانه اشتراها في ذمته وليس من مال المضاربة فاختصت به لانه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستديناً على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لا تجوز، فان أجاز له رب المال جاز في إحدى الروايتين والتمنأ عليه لان من اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه وقف على إجازته فان أجاز له فهو له والا فهو للمشتري وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لان هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز

﴿مسئلة﴾ (فان تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والتمنأ على رب المال)

لانه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال وأس المال هو التالف حكى عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلو اشترى عشرين بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لان رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العبد وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيما معه عشرين فله من الربح خمسة لان سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فان اقتسم الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لان العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا ثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد اذا وطىء المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة فخرس عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فان الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكن ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أتسع درهم

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارانه من ربحه وان اقتسما الربح قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوديعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول له اعمل به ثانية فاربح بعد ذلك لا يجبر به وضعية الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع فحق يحتسب حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويحيى فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على التناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لا أحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الألف يعني اذا كانت الألف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لا تقا تبينا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين اهل العلم خلافا لثلاثة امور، أحدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه بعرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما

﴿مسئلة﴾ (واذا طلب العامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أضعاف وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقية رأس المال ثلاثة وعشرين وثلاثون لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقية نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثون لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقية ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا، وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد اخذ من الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وان لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بنفسخ احدها ايها كان وموته والحجر عايه لسفه كالكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبمده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه فان كان فيه ربح قسمه على ما شرط فان انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه او قسمه جاز لان الحق لها فيجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر لانه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا أن المضارب انما يستحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم الا بالتقويم ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعوا قيمة ذلك إلى مستحق الأرض؟ فهنا أولى وما ذكرناه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل (مسئلة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك) أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بشئها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناض كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كالمال كان عرضاً على ما شرح وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدي الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكانه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه ، وله اخذ مافيه شفعة بها ، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استغفرته الديون لان الغرماء يأخذون مافي يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال المفسس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك . ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

(مسئلة) ( وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه ) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً ، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فان كان رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصته العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف ، وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام احمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشترى إلا باذن الورثة ، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي ؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض ، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يختص بها دون رب المال



إذا ظهر ربح لانه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سذكروه

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة، وتتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس وإن علما كيله فلا بد من كيله يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز (فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحوز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان (إحداهما) الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كمال الاجني (والاخرى)

وإن كان المال ناقصاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو حوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصة من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كي يبعه وشرائه بعد انقضاء القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو واهيه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يحز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه فإن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ وأما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتغى فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للعقترض فبعضه أولى وهذا بخلاف ما لو حاز الاجير في الاجرة فإنه يحتسب بما حباه من ثلثه لأن الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة ، والدار والغرائر لا يعتبر فيهما ايقاع العمل انما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

﴿مسئلة﴾ (قال واذا اشترى سلعتين فربح في احدهما وخسر في الاخرى جبرت  
الوضيعة من الربح )

وجملته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الالفين وبهذا قال الشافعي الا فيما اذا تلف احد العبدین فان اصحابه ذكروا فيه وجبوا ثانيا ان التالف من راس المال لانه بدل احد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقاييس

﴿مسئلة﴾ (ويقدم به على سائر الغرماء اذا مات رب المال ) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالمهرين  
﴿مسئلة﴾ (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته )

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموثوق فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان دينا كالوديعة اذا لم يعرف عينها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فان قبضه لمنفعته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بفضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعي عليه من خيانة أو تفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت تهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم التهي ولا نعم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فحبر تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فاما ان تلف أحد الالفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه ففسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الالفان معاً لأن المال إنما يصيره قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده.

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح .  
( فصل ) وإذا دفع اليه ألفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصاروا مضاربة واحدة كما لو دفعهما اليه مرة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يحز لأن حكم الاول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وإن لم يأذن له في ضم الثاني الى الاول لم يحز له ذلك نص عليه أحمد وقال إسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وبه نقول لانه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر  
( مسألة ) ( والقول قول رب المال في رده اليه مع يمينه ) نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لانه أمين ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كالودع وينبغي ان يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل، ووجه الاول انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالستعير ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر والودع لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال ممنوع وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ام يأخذه لنفع رب المال .

( مسألة ) ( وفي الجزء المشروط للعامل ) اذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (إحداهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) ان العامل ان ادعى أجر المثل أو ما يتغابن الناس به فالقول قوله لان الظاهر صدقه وإن ادعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجهين اذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالتبايعين

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب بربح ويضع مرارا فقال يرد الوضعية على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضعية الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه حتى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال يظهر المال يعني ينض ويحيى فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له فيحتسبان على المتاع ؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخرس كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لا تاتينا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولانه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان على رهوس اموالهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال انما أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء باربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(مسئلة) (وان قال ربحت ألفاً ثم خسرتها أو تلفت قبل قوله ) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل

(مسئلة) (وان قال غلطت أو نسيت لم يقبل قوله ) لانه مقر بحق لا دعي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع ولو ان العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتم به رأس المال لا عرضه على ربه فاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعا وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لأنه عقد يتبني به الفضل فأشبهه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وإن زاد على شرط مثله ولا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه لأن الأجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن يمين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجناية ولأنه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضاً على التصف فبض المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال الفان فصدته أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فإذا حلف أنه ألف فالربح الفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى الفان وخمسمائة يأخذ رب المال الفين لأن الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربما بين رب المال والعامل الآخر يفتسمانه اثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها وذلك لأن نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتألف منها والتألف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) إذا دفع إلى رجل الفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضاً ربحه بيننا فالقول قول رب المال لأنه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فإن أقام كل واحد منهما بينه



ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بحمالة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديننا كالوديعة اذا لم تعرف عينها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

**(مسئلة)** قال (واذا تبين للمضارب ان في يده فضلاً لم يكن له اخذ شيء منه الا باذن رب المال)

وجملته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يحجز للمضارب اخذ شيء منه بغير اذن رب المال لانعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربها (اثناني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه بعرض ان يخرج عن يده بحيران خسارة المال وان اذن رب المال في اخذ شيء جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها (فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممنوع لانه ان كان رب المال فلا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل فانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه فنص أحمد في رواية منها أنهم ما يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قراضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بعد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكلوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر بالثب وقال له اقبط ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبيع برى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه وكيه حقه فبرى المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لها وسواء انفقا على قسمة جميعه أو بمضه أو على ان يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد اقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال اذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر اذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة ان المال لها فجاز لها ان يقسما بمضه كالشريكين أو نقول انهما شريكان فجاز لها قسمة الربح قبل المفاضلة كمشريكي العنان

(فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لفسه لانه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده فاذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لان الحق لها لا يعدوهما، وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول اسحاق والثوري لان حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضى مالكة كذلك فلم يجبر على

فان خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيب من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فان كان للدعي يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجربها الى نفسه نفعا وان خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه وان كانت للمشتري يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجربها الى نفسه نفعا ومن شهد شهادة يجربها الى نفسه نفعا بطلت شهادته في السك، ولا فرق بين خاصة الشريك قبل خاصة المشتري أو بعدها وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبها وان لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير عين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركة فيما قبض لان الدين لها ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركة فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركة فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

يعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد  
أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن  
المستعير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للغير والشفيع أن يدفعاً قيمة ذلك لانه مستحق للارض  
فهيها أولى وماذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب على قيمته قائما حدث ذلك بعد فسخ  
العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال البيع وأبى للعامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل  
على البيع وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضاً كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال  
ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبهه الوكيل اذا اشترى  
ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير  
فهو كما لو كان عرضاً على ما شرح، واذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه  
شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس  
ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر  
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه  
لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه  
اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث  
يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين  
أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا  
حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه  
لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظاهراً فلا يرجع بما ظلمه هذا  
على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له بينة حكم بها  
وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلاً لانه لا يجر الى نفسه نقعاً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت  
ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا  
ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعفدي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة  
شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن بينة فحلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل  
أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردرأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه انما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن أنفسخ القراض لانه عقد جائز فأنفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أو الجنون رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية على بن سعيد اذا مات رب المال لم يحجز للعامل أن يبيع ولا يشتري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض انما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق.

الاتفاق دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باع العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك بطل في نصيب الغاصب، وان وكل الشريك الغاصب او وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فلهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغاصب ذكر المشتري انه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد.

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فللاخر مشاركة فيه في ظاهر المذهب وعن احمد ما يدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل ل احمد بعث أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويرثه دون صاحبه فذكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حنبل وحرب انه لا يجوز أن يكون نصيب

ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وإن كان المال ناضاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءً على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصة من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها إذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض بخلافه، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشترى بأذن الورثة كبيعته وشرائه بعد انفساخ القراض. فأما إن مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فإن كان ناضاً جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال وإن كان عرضاً لم يجوز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم عروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه انعمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يبنى عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك فإن لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليسعه فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القباض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القباض الرجوع على القباض بحصته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره، وله أن يرجع على الغريم لأن الحق ثبت في ذمته لهما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه ثبت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقباض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجيع الشريك على الغريم بمثله فإن هلك المقبوض في يد القباض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه بريء منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غريمه بشيء وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبريء أربعة أتساعه ولشريكه خمسة أتساعه فإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للمبريء ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فلا خير لإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن



(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والتمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال ، على روايتين (احدهما) ان اجازته فالتمن عليه والمضاربة بحالها وان لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تالف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء ولو اشترى عبيدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدین كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تالف بعد التصرف فيه، وان تالف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألقا كان التالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انفسخت لذهاب مالها

﴿مسئلة﴾ ( قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال )

وجملته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافا

أجاز البيع لملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي ، والاولى أن له الرجوع لان الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه ، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها ان ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو كيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقا قبضه لثبوت يده عليه بحق فأشبهه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالواخذ غاصب منه مالا ، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه ، وإن اشترى بنصيبه شيئاً صح ولم يكن لشريكه لإبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه ( فصل ) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الحرقى وهو ان يشترك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فافسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول ولنا أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح بمجولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجرأ إلا في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينه أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقليل وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشترى إلا من فلان أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به

الربح بمال غيرهما لأنهما إذا أخذتا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره معناها أنهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحلوا كلام الخرقى على ذلك ليكون كلامه جامعاً لأنواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الخرقى قد أدخل بذكر نوع من أنواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشترياه فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بيننا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه ولنا أنهما اشتركا في الابتاع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايعا به بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة وقولهم أن الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والنوع ممنوع وإن سلم فإنما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فإن في ضمنها توكيلاً ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا ، فعلى هذا أن قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان أو اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشترت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جازو كانت شركة صحيحة لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلاً له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو اطلق وكذلك لو قال ما اشتريناه

ولنا انها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويفارق ما إذا شرط ان لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشتري الا من فلان فانه يمنع الربح أيضا لانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتري قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال اذا مضى شهر يكون قرضا قال لا بأس به قلت فان جاء الشهر وهي متاع؟ قال اذا باع المتاع يكون قرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (أحدهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبه ما لو شرط ان لا يبيع، وبيان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي ان يكون رأس المال ناضا فاذا منعه البيع لم

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن لان مبناهما على الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بذلك

﴿مسئلة﴾ (والمالك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ المؤمنين على شروطهم، والوضعية على قدر ملكيها قياساً على شريكي العنان لانها في معناها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيها قاله القاضي لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال لها فبشركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح

ولنا أنهما شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي العنان

﴿مسئلة﴾ (وهما في التصرفات كشريكي العنان)

يعني فيما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصومتها وغير ذلك على ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله، وسميت شركة الوجوه لانها اشتركا فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيهاً)

(فصل) الرابع شركة الابدان وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فهي شركة صحيحة فهي أن يشتركا اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والاصطياد والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال

ينص (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقيّة المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الاول الذي ذكره يبطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يبطل تخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كماله قال اذا انقضت السنة فلا تشتري شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدي حالتي المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الناسدة تنقسم الى ثلاثة اقسام (أحدها) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع الا بمن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الاصل (القسم الثاني) ما يعود

لابأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئ بشيء، وفسر احمد صفة الشراكة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القتال يختص به دون الغنائم وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاكتساب والاعتصام لان الشراكة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بإسنادهما عن عبد الله قال: اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقره وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشراكة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيجتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب والتفل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الالفين أو أحد العبدین أو ربح إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشتره « أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو بيعه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى قوائمه بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً (القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع معللاً ومقتى اشترط شرطاً فاسداً يهود بجهالة الربح فسدت المضاربة لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرًا أو خنزيراً ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فللمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره لأنه عقد يصحح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح

وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل النعمة نبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأمر الله تعالى (يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فإما أن يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يباحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لأنهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنها اشتركا في مكسب مباح فصحح كالو اشتراكا في الحياطة والقسارة ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستتبع في تحصيلها باجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

«مسئلة» (وتصح مع اتفاق الصنائع رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان (أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما ويطالب به كل واحد منهما فإذا قبل أحدهما شيئاً مع اختلاف ضمانتهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختاره القاضي لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصحح كما لو اتفقت الصنائع ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصنائع



والتاق والطلاق ■ وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء (فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا تصرف نقذ تصرفه لأنه أذن له فيه فإذا بطل العقد بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف، قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لأنه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله إنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال ولا أجر له وجعل أحكامها كلها كحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالاجرة أو بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا أنه لو قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة اذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل. ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فيزول منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل لان العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهما وإيهما دفعها اليد برى منها، وإن تلفت في يد احدهما من غير تفریط فهي من ضمانهما لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تتعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تتعقد عليه الشركة حال الضمان فيكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه أن لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا لأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضى به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا أن تسمية الربح من تواج المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسداً وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه وذلك متعذر فتجب قيمته وهو أجر مثله كما لو تبايعا ببيع فاسد وتقابضا وتلف أحد العوضين في يد القابض له وجب رد قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر ، فأما أن رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لأنه تبرع بعمله فأشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو أخذ له بضاعة

( الفصل الثالث ) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدي وتفریطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

وأما أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولأنها إذا فسدت صارت إجارة ولا جبر لا يضمن سكتى ما تلف بغير تعدي ولا فعله فكذا ههنا وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرنا ههنا قبل هذا

وقال القاضي يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفریطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لأنه لا يد له على ذلك

( مسألة ) ( وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك ) وجملة ذلك أنه إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانيء وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء ؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولأن العمل مضمون عليهما معاً بضمانهما له وجبت الإجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بإنسان فقصر معه كانت الإجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالبا أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فلآخر الفسخ ويحتمل أنه إذا ترك العمل لغير عذر أن لا يشارك صاحبه في أجره معاملة

(مسئلة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي دايك)

نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة وعن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لانه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فقبلاً ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال بعه وضارب بشئيه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لانه علقه بشرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لانه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل قبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه لانه قبضه باذن مالك من غيره فجاز ان يجعله مضاربة كما لو قال قبض المال من غلامي وضارب به قال مهناً سألت احمد عن رجل قال اقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لانه إنما شاركه ليعملاً جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتمل ذلك فيما اذا تركه لعذر لانه لا يمكن التجوز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليعملاً على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لانه نوع من الاكتساب والدابتان آلتان فاشبهها الاداة

(مسئلة) (فاذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليها أو على غير الدابتين صححت الشركة) والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبلاهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملا باي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصرها بغير أداتهما

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانها فلكل واحد منهما أجرة دابته)

أما اذا أجرا الدابتين بأعيانها على حمل شيء باجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لانه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وإنما استحق المكثري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذمتهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمتهما ضمان ولا عملاً بايديهما ما يجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أجبر

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهر أثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزافاً ولو شاهداه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينته في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه وذلك لانه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولانه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه .

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تمتع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع .

﴿مسئلة﴾ قال ( وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها )

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح قال شيخنا ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له أجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فإن كان لأحدهما أداة قصارة وآخر بيت فاشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والأجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كاللدا بين اللتين أجرهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وإن فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة، وإن كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على أن يعملوا بالآلة أو في البيت والأجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعملها عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد ونقل عن الأوزاعي ما يدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولأن المضاربة تكون

الالف وأشار إليه في زاوية البيت، وفارق الدين فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغريم إلا بقبضه ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يحجز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديناً.

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوب فضارب الفاصب به صح أيضاً لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة لم تحجز المضاربة به لأنه صار ديناً ومتى ضاربه بالمال المنصوب زال ضمان النصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه ثمناً وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل ماله تعدى فيه. ولنا أنه ممسك للمال باذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبه ماله وقبضه إياه

(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل وفارق المستعير فإنه قبضه لمنفعته خاصة وهما المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال قال ابن المنذر أجمع كل من حفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري وأصحاب الرأي وبه نقول ولأنه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه وما يدعي عليه من خيانة وتفریط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لأن الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه فكان القول قوله فيما نواه كالأختلاف الزوجان في نية الطلاق ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيته عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لأن الأصل عدم النهي وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً

بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها وقال القاضي يخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح فعلى هذا أن كان أجر الدابة بعينها فلا جرة للمالك وان قبل حمل شيء فحملة عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فلا جرة والتمن له وعليه أجر مثلها للمالك ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد ببعض ثمنائها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تحريمها على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رتبة المال وهذا بخلافه وذكر القاضي في موضع آخر أن من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا ولا أرى لهذا وجهاً فإن الأجرة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد بالأجرة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه مثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس



(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة ربي الشراء بعشرة قال بل اذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان اقول قول العامل كمالو قال قد نهيتك عن شراء عبد فأذكر النبي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فعن أحمد فيه روايتان احدهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وان المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذ ادعى اجر المثل وزيادة يتعاب الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلفا فيها والمتبايعان يرجعان الى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والاخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع

ولنا انه قبض المال نفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول بالثوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي قرسه على النصف من الغنمة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربه فجائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربه جاز نص عليه، وقال مالك وابو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يحجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال ابو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المنكر وفارق المودع فان لا تنفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنع وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربحت ألفاً ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التالف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وان قال غلظت او نسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع، ولو ان العامل خسّر فقال لرجل أقرضني ما أتم به رأس المال لا عرضه على ربه فأتني أختني ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال وقال هذ رأس مالك فآخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضاً على النصف فنصف المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فلقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال ألف والربح الفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفاً وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمها اثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الخالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ اعطى خبير على الشطر قيل لأبي عبدالله فان كان النسيج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأزم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وايبوب ويعلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الراي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيدها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثله وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانهما عين تنمي بالعمل فيها فصحت دفعها ببعض ثمنها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطاحن مستحقاً له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولا آخر كاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراهما والاجرة

(فصل) وإن دفع إلى رجل ألفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضاً فربحه بيننا فالقول قول رب المال لأنه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لأنه إن كان إلا أكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما أن القول قول رب المال في ربح ماله فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وأنا عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وإن أقام كل واحد منهما بيعة بدعواه فنص أحمد في رواية منها أنهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وإن قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قرضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لأن عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لأنه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قرضاً فيكون له أجر عمله، وإن قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وإن خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قرضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى أنه أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه أو قد رجع إلى مالكه وبه قال أبو حنيفة إذا كان المال باقياً في يديه وليس له ذلك إذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذا تقديره أجر دابة لتكون أجرتها بيننا وأجر جوالقائي لتكون أجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لأنه مالك الأصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، وهذا إذا أجر الدابة بما عليها من الأكاف والجوالقات في عقد واحد فأما أن أجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه أجر عبدي والأجر بيننا كان الأجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الأعيان

(فصل) فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فإنه نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها على أن لها الأجرة على الصحة وهذا لأنه دفعها إلى آخر يعمل عليها والراوية عين تسمى بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولأنهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعها إليه فاشبهه ماله فدفع إليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى الثقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبع بريء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه وكيله حقه فبرئ المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصمه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيب من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمدعي بينة وان كانت له بينة قضى بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجر بها الى نفسه نفعا وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد بشهادة تجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالثني قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فله شريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة ويخالف

آخر رحي ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فارتزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكأله والراوية هنا تخلق وتقص، ولا اجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما غرق الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فانهم اذا طحنوا لرجل طعاما باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لصاحبه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتمكم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليقين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقرران المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجوز الى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندنا لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة لحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الاتفاع دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باع العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لان الصفقة ههنا وقعت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الغاصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد ما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا آخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بم أننا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقت خاصة وأنا أعطيت شريكك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال أبو عبيد: له ان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم أرباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه برهم أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم أرباعا بناء على ما إذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين



دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب وحبل أنه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به أحد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضی الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، وأغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله أن يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في ذمته لها على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد الحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريك شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثلها، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبض من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرى أربعة اتساعه ولشريكه خمسة اتساعه وإن قبض نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت برأته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية المبرى ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فإذا قبض بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فلا آخر إبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب أنبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز قانه أو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فأما إن قلنا بالرواية الأخرى وإن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقباضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعيينه بالبراء ولأنه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جما بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لان كل واحد منها

يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الانفراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلوا في الشركة الاكساب القادرة كوجدان لقطة

أو ركاز أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارض جناية أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولا أن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق فان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالوكان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبة لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه ما لو اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسمتم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين وانخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الاعيان وبه قال الحسن واسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لان معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف لعلمه لان الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف بأذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما اذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز بأذن سيده فزال الحجر في قدر ما اذن فيه كالوكيل، فان دفع اليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشترى ويتجر فيه وإن اذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لان اذنه الخلاق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبع بعض كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالأذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما اذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه او طعام لياكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالأذن الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول الشكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة، وبهذا قال الشافعي واجازه الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي ان يكونا حريين مسلمين وان يكون مالهما في الشركة سواء وان يخرجوا جميعاً ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولانها نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان ولنا أنه عقد لا يصح بين كافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لاسنان وبه قال الشافعي وأباحهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالأذن في التجارة كيبيع نفسه وتزوجه وقولهم أنه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبيع من سيده (فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له لأنه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة ولنا أنه تصرف يفتقر إلى الأذن فلم يرقم السكوت مقام الأذن كما لو باع الراهن الرهن والمرهن ساكت أو باعه المرهن والراهن ساكت وكنصرفات الأجانب ويخالف الشفعة فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الفور

(فصل) ولا يبطل الأذن بالابق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه ولنا أن الابق لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره وما ذكره غير صحيح فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وأجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمفصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب وتجوز هبته المأكول وإعارة دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن أسرافا وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بمال مولا فلم يحز كهبة دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يحجب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأهمهم وهو يومئذ عبد، ورواه صالح في مسائله بإسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كذا كرنا ولأن فيه غررا فلم يصح كيبيع القرر، بيان غرره أنه يلزم كل واحد ما يلزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه الأكساب النادرة فاما الخبز فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فإن اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كيبيع المنابذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح بين الكافر وبين الكافر والمسلم بخلاف هذا

## كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى ( إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى ( فابعدوا أحداكم بورككم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أركى طعاماً فليأتكم برزق منه ) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال يا عروة « انت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأنتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحجت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله: هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وصنعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأنتيت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال « انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة ، وأجمعت الامة على جواز الوكالة في الجملة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فانه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها

### باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى ( إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى ( فابعدوا أحداكم بورككم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أركى طعاماً فليأتكم برزق منه ) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال « يا عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأنتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحجت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وصنعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأنتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت اني أردت الخروج إلى خيبر فقال « انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة ( الجزء الخامس ) ( ٢٦ ) ( المغني والشرح الكبير )

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لنفسه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فاما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لانه ليس بولي ووجه الوجه الآخر انه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والجنون في الحقوق كلها.

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه.

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول بدل الأذن وكل قول أو فعل بدل القبول)

لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع، والإيجاب هو كل لفظ دل على الأذن نحو قوله أعمل كذا أو أذن لك في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - إلى قوله فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دل على الأذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضاً نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ولانه أذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كما كل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبايعه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله لإياهم ولانه أذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا



(فصل) والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجهل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جهل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض، وللعبد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا اذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿مسئلة﴾ قال ( ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومضاربة الحقوق والعتق والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائباً )

لانعم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه . ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والحوالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشترى لئسا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكلاً يجعل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زبد فان قتل لجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأجير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القرابة فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

﴿مسئلة﴾ ( ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه )

لان من يصح تصرفه بنفسه فبناؤه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً، فأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأباًرافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لأنها تملك ما لا يسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالأبتاع والانتهاج، ويجوز التوكيل في إثبات انقصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الأدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه .

( فصل ) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك وإن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخضم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره بحسب الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة بغير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه

والخلع وطلب القصاص، وكل ما صح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له وذكر أصحاب الشافعي في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لأنه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لأنه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجوز أن يتوكل فيه كالمراة ويصح توكيل المراة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمراة في عقد النكاح وقبونه والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها، وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بغيره لأنه من اكتساب المال ولا يمنع من الاكتساب، وليس له أن يتوكل بغيره إلا بإذن سيده لأن منافعه كإعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز بإذن الولي بناء على صحة تصرفه بإذنه

(مسئلة) ( ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والإيمان )

(المعنى والشرح الكبير) الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايمان والايلاء ونحوها ٢٠٥

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي، وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان لخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها وإني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد القحم المالك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الافرار ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولما انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة قلنا لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق بيد الزوج لا امر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتضع لا امر يختص بانبات لحم المرتضع وانشار عظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستتابة فيه ولا يصح في الغصب لانه محرم، ولا في الجنایات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يجز لنائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعق والطلاق حاضر أو كان الموكل أو غائبا وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآيات والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أولا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يعير بها ويحبط ذلك من منزلته فأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصاحبة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية وانفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها ملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالايتباع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستتابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق بيد الزوج لا امر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لان النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» ففدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عر فرجموه ووكل عثمان علياً في اقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي بعد رواه مسلم، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لان الامام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها وانتوكيل يوصل الى الاجاب

ولنا حديث أنيس فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعاً فانه قال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعاً ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والندورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لانه يختص بالرضعة المرتضع لا مريختص بانبات لم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في الغصب ولا في الجنایات لان ذلك محرم وكذلك كل محرم لانه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه (مسئلة) ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته اذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى الزيج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لان الحاجة تدعو اليه فأشبه البيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز ان يكون فاسقاً؟ ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيدكر في بابه ان شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل ولا يصح في الاغتنام لانه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لانه بأخذه يصير لملتقطه

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والحكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم

أغنياهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم واتفق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب» متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج اذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستتاب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق بيد من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل به غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة المنذورة وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان، ولا تجوز الاستتابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصال الماء للأعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(فصل) وكل ماجاز التوكيل فيه جاز استيفاءؤه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أو ما إليه

أن يمتنع من محكمة الوكيل اذا كان الموكل حاضراً لان حضوره مجلس الحاكم ومخاصمته حتى لحصمه عليه فلم يكن له نقله الى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستتابة بغير رضا خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له في وما قضي عليه فلي ووكّل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان الخصومة قجها وان الشيطان يحضرها واني لا كره أن أحضرها قال أبو زياد القحط الممالك وهذه قصص اشتهرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الاقرار ولا أصحاب الشافعي وجهان (احدهما) لا يجوز التوكيل فيه لانه إخبار بحق فلم يحز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إنبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فلها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوتة على غيره، ويجوز التوكيل في إنبات القصاص وحد القذف واستيفائهما لانهما من من حقوق الآدميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيهما لان من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاها

(مسئلة) ( ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في اثباتها واستيفائها كحد الزنا والمردة )

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغدياً أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عز فرجموه ووكّل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواء مسلم ولان الحاجة تدعو اليه لان الامام لا يمكنه



أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ماجاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحذود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر انه لو سفل بعث وأعلم وكيهه بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الاترى ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد وقيمون الحذود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحذود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فاقتر الى لايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها والتوكيل توصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً بقوله «فان اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولأن الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحذود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالاختصاص يكون دخولها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات

(فصل) فأما العبادات فلا تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن : أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستتاب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(مسئلة) ( ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته )

وقال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف أنهم قالوا ( فابعثوا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أركي طعاما فليأتكم برزق منه ) ولأنه لفظ دال على الإذن فجرى مجرى قوله وكتك ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال أمره ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام . ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يبلغه أن رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لو كانته كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبهه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أومأ إليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل أن يرجعه فيعفو والاول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر ألا ترى أن قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم .

( مسألة ) ( ولا يجوز للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرة )

وجملة ذلك أن التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال ( أحدها ) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يعجز له كما لو لم يوكله ( الثاني ) أن يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد إذن فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافا فان قال وكتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل ، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا أن لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل ( الثالث ) اطلق له الوكالة فلا يجوز له من اقسام ثلاثة ( أحدها ) أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعملها الوكيل عادة انصرف الإذن الى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه ( القسم الثاني ) أن يكون مما يعملها بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ، وقال القاضي عندي

( فصل ) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبيع هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا خما وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلى وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وإن كان وكيلا يجعل فسد المسمى وله أجر المثل لانه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيوع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدالله ابن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو اباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أنت وكيلى في بيع عبدي إذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأثير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

( فصل ) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في اقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ( التسم الثايات ) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين ( احدهما ) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجوز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه من لم يأمنه عليه كالوديعة ( والثانية ) يجوز نقلها أحمد وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فلسكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبهه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

( فصل ) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يقتيد بالبيع بشمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه فان وكل أمينا فصار خائفا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

( فصل ) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كما ركيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرأ و ابارافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثنا على هذه الصدقات فنؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يعينان العمالة، فان كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كمنوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فتق سلمه الى الموكل معمولاً فله الاجر وان كان الخياط في دار الموكل فكلاً عمل شيئاً وقع مقبوضاً فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعث الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئاً حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئاً لفوات الشرط

( فصل ) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير او في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال بيع مالي كله

( فصل ) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالموكل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان ( أحدهما ) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل ولما ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود النكحة الى غيره . بعير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

( فصل ) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان وكيلاً للموكل ينزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعاً لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في اتوكيل نطقاً بل وجد عرفاً أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

( مسألة ) ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه محجوراً عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذنه

( مسألة ) فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين

( إحداهما ) يصح وبه قال أبو حنيفة وبهض الشافعية ( والثانية ) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثير والائمان العظيمة فيعظم الضرر وان قال اشترى ماشية لم يصح لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن احمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا انه جائز وأعجبه ولان الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري الا بضمن المثل فادون ولا يشتري مالا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وان قال بع ماشية من مالي واقبض ديون كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه، وان قال بع ماشية من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز لانه اذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وان قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشية من مالي لم يحجز وان قال من عيالي جاز لانه محصور بالجنس

الشافعية لان يد العبد كيد سيده فأشبهه ماله وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا انه يجوز ان يشتري عبداً من غير مولاة فجاز ان يشتريه من مولاة كالأجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز ان يشتري نفسه كما ان المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لان أكثر ما يقدرهنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسند كره صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فهنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد وصدقه صح ولزم زيدا الثمن، وان قال السيد ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد لاقرار السيد على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيدته لان زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر عن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرى، والسيد فسخ البيع واسترجع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) واذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في اعتاق عبيده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لانه ينصرف باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل ان لها ذلك لشمولها عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه في احدي الروايتين، وان وكل غريمه في إبراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في إبراء غرمائه لم يكن له أن يبرئ نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، وان وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل ان يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في إبراء الضامن قابراً صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه أو الكفيل في إبراء المكفول عنه صح وبرى الوكيل ببراءته لانه فرع عليه فاذا برى الاصل برى الفرع



ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبد ، وإن قال اشترى لي عبداً تركياً أو ثوباً هروباً صح ، وإن قال اشترى لي عبداً أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالفراض ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العبد تتفاوت من الجنس الواحد وإنما تميز بالثمن . ولنا أنه إذا ذكر نوعاً فقد اذن في اغلاؤه ثمناً فيقل الغرر ولأن تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جواز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

### (مسئلة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسسخها متى شاء لانه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كالإذن في أكل طعامه فإن وكل الرهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

(مسئلة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر لسفه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة) تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وحنون المطلق بغير خلاف علمناه إذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لسفه لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهة كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياساً على الوكالة قال أحمد في الشركة إذا وسوس أحدهما فهو مثل الغزل

(فصل) فإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن أهلية التصرف وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه وإن كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لان الموكل أهل لذلك، وإن فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافية الفسق كالأيجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وإن كان وكيلاً في القبول لم ينزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولاهما انه لا ينزل لانه يجوز ان يقبل النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالعدل، وإن كان وكيلاً فيما يشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافية الفسق

(فصل) (ولا تبطل الوكالة بالثوم والسكر والاغواء لان ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه الولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً)

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له في ذلك وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرزهما لأن قوله افعلوا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله بعثكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا لأن الموكل رشيد جائز التصرف لاولاية الحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكلا له بغير أمره، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرف ليكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بنبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فإذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج الى إعادة البيعة لأن الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل لبس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف بأذن موكله فصح كما لو لم يتعد ويفارق الوديعة من حيث أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً فإذا باعه صح بيعه وبري من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه بأذن الموكل ولم يتعد فيه ولودفع اليه مالا ووكله أن يشتري به شيئاً فتعدي في الثمن صار ضامناً وإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للبيع قبض أمانة، وإن ظهر بالمبيع عيب فرد عليه أو وجد هو بما اشتراه عيباً فردته وقبض الثمن كان مضموناً عليه لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به

(مسئلة) وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ (على وجهين)

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأنفاً أو حريباً أو مرتداً لأن العدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالمبيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالاته

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهى عنه غير داخل في إذنه فلم يعجز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافاً وإن قال له وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه وقوله اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا أن لفظه عام فيما شاء فدخل في عموم التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الأذن إلى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه

(القسم الثاني) أن يكون مما يعمل به بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل إذا لحق بدار الحرب لأنه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولأن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فإن قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وإن قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وإن قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وإن وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينزل لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد والصحيح الأول لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله والعق لا يبطل الأذن فكذلك البيع إلا أن المشتري إن رضى ببقائه على الوكالة والا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن هذا توكيل حقيقة والعق غير مناف له وإن اشتراه الموكل منه لم يبطل لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه له في البيع والشراء، وإن وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها.

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاخص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ( القسم الثالث ) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين ( احدهما ) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجوز كما لو نهاه ولانه استثنان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة والاخرى يجوز نقلها حنبلي وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فذلك نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبهه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

( فصل ) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بشمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الحيانة تضييع وتقريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

( فصل ) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب

( فصل ) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فأتى، وكذا لو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان ينقده من ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ممن لم يلتزمه ولا رضي بزمومه وان استقرضه الوكيل وعزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان اجازته صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره ، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشترى في الذمة .

( فصل ) نقل الاثر من أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جعله وكلا ويمكن من عليه الدين من القضاء تخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المنصوص عن احمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل اما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولأصحاب الشافعي فيه جهات (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولانه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكروه يطل بالحاكم والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لانه لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله، وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة وبرأ اليها من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالغرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل « وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل مع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة.

(مسئلة) (وهل ينزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل (المغني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء الخامس)



وكيلا للموكل ينزل بموته وعزله اياد، وان مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن قائلاني وكييل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن ابي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالأبراء وفارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف نعلمه في ذلك مع العلم بالحال متى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يعزل وهو ظاهر كلام الحارثي، فعلى هذا متى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يقتقر الى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والعناق (والثانية) لا يعزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم يعزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة، ووجه الاول ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المصبة بتركه ولا يكون عاصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه لإبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم

(فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا ما لم يفسخ الوكالة وتحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكله في قبض حق فوجد من عليه الحق كان وكلا في تثبيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخرون ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكلا في الآخر كما لا يكون وكلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت فكان إذا فيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فملكه كما لو كل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه ان كان الموكل طالما يبيح من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بوقوف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكله في قبض عين لم يملك تثبتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبهه الوكيل في قبض الدين وما ذكره يطل بالتوكيل في قبض الدين فانه وكيل في قبضه ونقله اليه

(فصل) وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الا براء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الأبراء ليس من البيع ولا من تمته فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والأولى أن ينظر

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلت أو صرفت أو عزلت عنها أو ينهاء عن فعل ما أمر به وما أشبه ذلك من الالفاظ المقنضية عزله والمؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امساكها وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعا لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلان يقتضي استبقاها على نكاحها ومنع طلاقها وان باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعية به، وان وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه على إحدى الروايتين لا يبقى محلا للبيع وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وان باعه بيعا فاسدا أم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجهة ذلك أنه اذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون فيه وان

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده فهو ضامن له ، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الانفراد به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرزهما لان قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بتكليفهما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له بغير إذنه ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم ، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة ، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يحلف لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مطالبة وارثه والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حنت بفعل وكيله له ولا يحنت بفعل وارثه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه فان ائهم حلف )

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل فالقول قول الوكيل مع عينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغیره على سبيل الأمانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرهن والمستأجر والاجر المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع النسرقات في هذا سواء وقال أبو حنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الاقرار بها ولما أنه لم يررض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجوز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في إحدى الروايتين نقلها مهنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لها أن يشتري بشرطين أحدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجز به العادة ان يتولاه أكثر

ان يَحْتَنَفَا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرت بك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولا نه منكراً لما يدعي عليه والقول قول المنكر . ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله وإما باقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن وسواء كان بحمل أو بغير حمل لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدي أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تمد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لان المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بعت ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق غيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعى الوكيل انه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله

الناس بنفوسهم فان وكل إنسانا يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراهما أجنبي وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال ( ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ) واذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قرب به بالتي هي أحسن، ولأنه نائب عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك نائبه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجز كما لو نهاه الوصي كالوكيل لانه يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبهه الوكيل أو متهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد لان الوكيل متهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالتمنع وعند ذلك لا يكون أخذه ماله قرباناً بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع احد هؤلاء لوكيله او لولده الصغير او طفل يلي عليه او لوكيله او عبد المأذون له كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على



في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الموكل لكونه الغارم فإنه يطالبه برد مازاد على خمس المائة

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الحال الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالسه فكان القول قوله كالمدع وإن كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالسه لا غير كالمدع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من يتنفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والاجر المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لأن خيانه قد ثبتت بحجده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لأنه كذبها بحجده فإن قوله ما قبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فاما بيعة لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم اصحابنا ايضا في جملة ما يخرج على روايتين واصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال ابو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل امر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لاختيه، وفارق البيع لو كيله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبد المأذون وبيع طفل يلي عليه يبيع لنفسه لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم انه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمة في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيما إذا أراد ان يشتري لموكله كالحاكم في بيعه لماله لانهما سواء في المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيما قبلها وان اذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز ان يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها

(فصل) فان وكله في بيع عبده وكله آخر في شراء عبده فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئاً (والثاني) تقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيائته وإن كان ججوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سماع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله أيضاً لثبوت كذبه وخيائته

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتي فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقتل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لا خير وكلتي أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فاما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به كذا ههنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليها اذا انتفت التهمة كالاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فبما نالنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدالاتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يعين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بأقرارها ، وإنكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟  
يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدق الورثة أو يثبت بيينة ، وإن أقر الموكل بالوكالة في الزوج وأنكر أن يكون الوكيل زوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت الزوج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تعذر إقامة البينة عليه لكونه لا يعتقد إلا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لا اختلاف أحكام الصورتين وتباينها فلا يكون النص في أحدهما نصا في الأخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبناها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعمد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الأول بحسالة وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت

( مسألة ) ( ولا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب )

وجملة ذلك أن الموكل إذا عين للوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لأنه إنما يتصرف بأذنه ولم يأذن في غير ذلك وإن أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وإن أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد كما لو باع ماله فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فإن تساويا باع بما شاء ومنها وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وصاحبا له البيوع نساء لأنه معتاد فأشبهه الحال ويخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والأول أولى لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين ( أحدهما ) أن المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تقوت بتأخير الثمن ( الثاني ) أن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولأن الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع اللاحق

الوكيل لزمه الالف إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء لأنه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه. ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كالأوداعى على رجل أنه ضمن له الفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجب أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم (الحال السادس) أن يختلفا في صفة الوكالة فيقول وكنتك في بيع هذا العبد قال بل وكنتى في بيع هذه الجارية أو قال وكنتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكنتك في بيعه نقداً قال بل نسيئة أو قال وكنتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكنتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقداً أو في الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه أحمد في المضاربة لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قيصاً وحكي عن مالك

### (مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك ان الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة اذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فانه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فان باع بأقل من ثمن المثل مما لا يتعابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكمه حكم من لم يأذن له في البيع وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعابن الناس بمثله وما لا يتعابنون لان ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه بيع غير مأذون فيه أشبه بيع الاجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفا لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتعابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فعفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر الثمن لان ما يتعابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله فان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد لان الزيادة منه

ان أدركت الساعه فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا إذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه انه لا يعلم انه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظاهرا فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي بتوجه الى اني زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي) إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثمان

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له

﴿مسئلة﴾ (وان قال بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين )

لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه ديناراً فجري مجرى بيعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس



لانه عقد مراضة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بعتهما أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتهما ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لأنه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريتي فقد بعتهما وكذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شك فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له لانه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقاً فالجارية لموكله فاذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه ماله واشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد ان كان باقياً أو بقيمته ان كان تالفاً فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً فاما ان قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها اكثر من الدراهم أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الايمان ولانه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار.

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للمفني عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبيدين بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء

ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في بيع شراء عبد فاشترى بعضه.

(مسئلة) (فان قال بعه بألف نساء فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجوع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع على أحد وان كذبا وادعيا انه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين ان كانت قائمة وان كانت تالفة رجوع بقيمتها على من شاء منهما فان رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجوع الوكيل على المشتري بأقل الامر من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعنتي ملكك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً ولا يرجع عليه بشيء (فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيرها لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فثلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى انني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلامة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمن النسيئة دون النقد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستنصر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتعجلين أو بتغير حاله الى وقت الحلول او نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنطوق به غرض صحيح لم يحجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(١) هذه المسئلة

ذكرت في الاصل بهذا

الوضع وهي كما ترى

جلها ناقصة فلتراجع

في مظنتها في المعنى

(مسئلة) وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله

في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل ما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعضه فانه لا يصح لانه يفضي الى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشترى لي عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم يحجز مخالفته لان

بوعده برده فإن صدقه الموكل بريء وإن كذبه فالقول قول الموكل فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لأنه لو صدقه الموكل بريء فكذلك إذا قامت له بينة ولأن البينة إحدى الحجتين فبرئ بها كالأقرار (والثاني) لا يقبل لأنه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءة فلم يبق له منازع وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لأنه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً فضاع مع الرسول فهو من مال البائع لأنه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان البائع لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل فإن المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم وهذا صرف يقتدر إلى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلاً للبائع في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دينارين وثياب فبعث

تصعبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول إذنه سواء، وإن قال اشترى عبدان صفقة فاشترى عبدان لاثنين شركة بينهما من وكيليهما أو من أحدهما بأذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد عبد منفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منها بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لأن القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وإن اشتراها من وكيليهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعثك هذين العبدان هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وإن لم يمين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة.

(مسئلة) (وإن وكل في شراء شيء نقداً بثمن معين فاشتراه به مؤجلاً صح)

ذكره القاضي لأنه زاده خيراً فأشبه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز ولا أصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان :

(مسئلة) (وإن قال اشترى شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي أحدهما ديناراً أو اشترى له شاة

تساوي ديناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

اليه رسولا وقال خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فاضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لانه دفعهما الى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر عليه الضمان والموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على احد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلّف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمّنه لانه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فإكان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضموناً في صحيحه كان غير مضموناً في فاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه وان ضاع أحدهما أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا يحتمل على أنه خلطها بما تميز منها ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان اذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على الحمل الآخر وهو اذا خلطها بما تميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجملة ذلك أنه اذا وكله في شراء شاة بدينار فاشتري شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو احداها تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والآخرى للوكيل لانه لم يرض بالزامة عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد الباري ديناراً فقال « اشتر لنا به شاة » قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فقالت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال « وصنعت كيف ؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولانه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانه باع مال موكله بغير إذنه فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولانه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع ، فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة الباري ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

(مسئلة) قال (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالا فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا ببينة)

وجملته أن الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فلموكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء الآن يكون أمره بالأشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية أن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه « وجه الأول أنه مفرط بترك الأشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون من المثل » فإن قيل فلم يأمره بالأشهاد قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هنا

فجاز له إبدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام أحمد لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يبطل البيع أو يصح ويقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وهذا أصل لكل تصرف في ملك الغير بغير إذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان (فصل) وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بما دونها صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه عرفاً وإن قال لا تشتره بدون المائة فخالفه لم يجز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وإن قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لأن إذنه في الشراء بمائة يدل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الأذن فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز في إحدى الوجوه لذلك ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (وإثاني) لا يجوز لأنه نهى عن الخمسين استقلالاً لها فكان تنبيهها على النهي عما دونها كما أن الأذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فجرى مجرى صريح نهيه فإن تنبيهه الكلام كنصه، فإن قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بدرهم فباعه بدينار على ما مضى وإن قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفاً وإن قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالأذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه يبقى على مقتضى الأذن (فصل) وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفاً وإن خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وإن قال اشتر لي عبداً بمائة فاشترى



وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لالرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بمحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيهه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولاً فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بمحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأنكره الموكل فالموكل قال قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع . وكلام الحر في بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الرديعة لا تثبت إلا بالينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه .

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده ودیعة فجاءه انسان قاعدى أنه وكيل صاحب الدين والودیعة في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعهما اليه سواء صدقه

عبدًا يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجوز وان ساوى أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(مسئلة) (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشترى عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجوز أن يشتري بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل والموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاه غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فان اخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان رضي الموكل سقط الرد

(مسئلة) (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل يمينه أنه لا يعلم ذلك)

في انه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاتيفاء فلزمه إيفاءه كالأقر له انه وارثه ولنا انه تسليم لا يرثه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الافرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه ، فاما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدها ، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقةا والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فإصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض ما لا يستحق قبضه وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فان ضمن رجوع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا بينة فان لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائباً في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب مبيعاً صح لان المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل الفنية والاتقاء والعيب يمنع بعض ذلك

(مسئلة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يصح والموكل استرجاعه للبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على ان الوكيل لا ينزل قبل العلم بالعزل فان رضى الوكيل المعيب أو أمسكه أمسكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله ذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وإن ضمن الدافع رجع عليه لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل بين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لأنه مقرر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فإن جاء رجل فقال أنا وارث صاحب الحق فإن أنكره لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لأن اليمين ههنا على نفي الغير فعل فكانت على نفي العلم لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه فلما لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، وإن صدقه في أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع إليه بغير خلاف تعلمه لأنه مقرر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق ، فاما إن جاء رجل فقال قد أحلني عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان ( أحدهما ) لا يلزمه الدفع إليه لأن أن المقصود فيها الربح وهو يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فإنه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون المعيب مانعاً منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فإنه قال في قوله تعالى ( فتحرير رقبة ) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعّد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وإن وكله في شراء معين فاشترى ووجده معيباً فهل له رده قبل إعلام الموكل؟ على وجهين) (أحدهما) له الرد لأن الأمر يقتضي السلامة أشبهه مالو وكله في شراء موصوفة (والثاني) لا يملكه لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فإن قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شراؤه إن قلنا له رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جاز الرد به بعد العقد فلا ينفع من الشراء أولى وإن قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿مسئلة﴾ (فإن قال اشترى بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل)

وجملة ذلك أنه إذا دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتري بعينها وفي الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق كان له فعل ما شاء منها فإن قال اشتر بعينها فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوباً ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرى ولا حتمال أن يجبيء المحيل فينكر الحوالة أو يضمه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزومه اليمين مع الانكار ، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لا ضرر عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بنير جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمترهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاث ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئاً قامت عليه البينة أو اذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (فان قال اشترى في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه اذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها ، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير يمينها لشبهة فيها لا يجب أن تشتري بها أو يختار وقوع عقد لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز توقيفه عليه كما لم يجز تقويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه نطقاً ولا عرفاً فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتاً لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز قبله ولا بعده ، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفاً بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم فتقيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تقويته وان كان هو وغیره

﴿ مسألة ﴾ قال ( وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي )

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجوز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها مهنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما ان يشتريا بشرطين (أحدهما) أن يربدا على مبالغ ثمنه في النداء (والثاني) أن يتولى النداء غيره، قال القاضي يحتمل ان يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره لبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجني وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال ( ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قرب به بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره مساواة المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدها اذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان اذنا في زراعة مثله وما دونه ولو اكرت عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال به فلانا لم يملك يبعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في تملكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العتد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العتد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحرام مال لهم لانهم يمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كزواج المجوسية وبهذا خالف سائر



عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لثأبه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال به غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يحز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتولية فأشبهه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من ما اليتيم ملاحظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قربا له بالتي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحاكم في الحاكم وأمينه كالحاكم في الوكيل والحاكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحاكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لاختيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمة في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادة، والحاكم فيما أراد ان يشتري لموكله كالحاكم في بيعه لماله لانها سواء في المعنى

اموالهم وإذا باع الوكيل بشئ معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخييار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالعقد كالايجاب والقبول واما الثمن فهو حق الموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمنه اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن والبايع مطالبته من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل بريء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فردده على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يستسلم له العامي كر حنطة ففعل ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية مهنا إذا دفع إلى رجل ثوبا لبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فلم يندل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المندل سببها المبيع فكان المندل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلاً يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده وكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يلبسها اذا كان غير متهم كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فمتاماً ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع هي من المشتري لنفسه، في محل لاتفاق التهمة لدلائلها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح ههنا بالأذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع

(مسئلة) (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تمذر قبضه لم يلزم الوكيل) لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلاً فيه كالأبراء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأتمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تمذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيّع الثمن بترك قبض الوكيل كان اذا في قبضه فثب ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الاجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها انه لا يجوز فيخرج  
ههنا مثله والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو  
حنيفة وإمام الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فأشبهه ماله وكله في النراء من نفسه  
ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجها كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غيره مولاة فجاز أن يشتريه من مولاة كالأجنبي واذا جاز ان يشتري  
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي  
ذكره أصحابنا لا يصح لان أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل  
السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشترت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد  
صح ولزم زيد الثمن، وان قال السيد ما اشترت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقراره على نفسه  
بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده  
لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في  
تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرى وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه  
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشترت نفسك لي فالقول قول العبد لان التوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه  
(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في  
اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نساءه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لان ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فان اشترى عبداً فنقد ثمنه  
فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم ابائاً في الثمن؟ على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر  
تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده ضمنه وان كان له عذر مثل ان ذهب لينقده أو نحو ذلك فلا ضمان  
عليه نص أحمد على هذا لانه مفطر في امساكه في الصورة الاولى فلزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفطر  
(مسئلة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لان الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل  
لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى  
ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بالاذن في الفاسد كما لو اذن في شراء خمر وخنزير  
لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسئلة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لانه يدخل فيه كل شيء فيعظم الضرر ولا نه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة  
والشافعي. وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لان لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال بيم مالي كله

بإطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لها ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز للوكيل في البيع ، أن يبيع من نفسه ، في إحدى الروايتين . وان وكل غريباً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق عن نفسه فأشبهه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وان وكله في ابراء غريمائه لم يكن له أن يبري نفسه كما لو وكله في حبس غريمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبرأه صح ولا يبرأ المضمون عنه . وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل في ابراء المكفول عنه فأبرأه صح وبري الوكيل ببراءته ، لانه فرع عليه فاذا بري الاصل بري الفرع ببراءته

( فصل ) وان وكله في اخراج صدقة على الساكنين وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه على قوم هو منهم ، أو دفع اليه مالا وامره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالمنصوص عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمد قال اذا كان في يده مال للساكنين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً إنما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالمسائل التي تقدمت ولان المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرآن الاحوال فاعلم على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يردده فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان ( أولاهما ) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه مؤوته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر (مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الغرر وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض دونه أو الابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الغرر (مسئلة) (وان قال اشتري ما شئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ما شئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه الغرر وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الغرر وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يحتاج الى ذكر الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن في التجارة

٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل. تصرف الوكيل بعدموت الموكل أو فسخذه (المغني والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز وكذلك شراءه له من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي له حجره ويبيع ولده من مال نفسه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجدة فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد فلا يجوز أن يتعلق به حكام متضادان ولأنه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمتة ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنته على ما سنده في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فذلك جاز ، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فإن التهمة غير منتفية في حقهم ، وأما تولى طرفي العقد فيجوز بدليل الأصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجملين أمرك الي ؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثم

(مسئلة) قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فلموكل عزل وكيله متى شاء والوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في كل طعامه ، وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الحنفي هذا أنه يتعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع

ما شئت من مالي لم يجز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركيا أو ثوباً صروباً صح وكذلك ان قال اشتر لي عبداً أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الغرر ولأن تقدير الثمن بضربه فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جواز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسئلة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة

يملك قبضه لأن المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله



أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعناق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله وربما باع الجارية فيطوؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم فقد تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وان عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بحضرة الموكل لانه متصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة

ولنا ما تقدم قلنا الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما فترقان فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يحزن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وان حجر على الوكيل فليس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لان الموكل أهل لذلك وله ان يستيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستداه وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتناوله الاذن نطقا ولا عرفاً لانه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض (فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره لان الإقرار أحد جوابي المدعي فلكه كالانكار ولنا ان الإقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالأبراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويمسكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف لعلمه الا ان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في القبض كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانها معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر لانه لم يتناوله اللفظ

كلايجاب في عقد النكاح فانه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فان كان وكيلًا في القبول الموكل ام ينعزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله وهل ينعزل بفسق نفسه فيه وجهان وان كان وكيلًا فيما تشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجها بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلًا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاعماء لان ذلك لا يخرججه عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما اسلفناه

( فصل ) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لانها عقد امانة فتبطل بالتعدي كالوديعة

ولنا انه اذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد، ويفارق الوديعة من جهة انها امانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بجماله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه ويرى من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان امانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعديه ولودفع اليه مالا ووكله في شراء شيء تعدى في الثمن صار ضامنا له فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه المبيع قبض امانة وان وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيبا فردده وقبض الثمن كان مضمونا عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه

ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض إلا بالتشيت فكان اذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فلا يمكن له لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل أنه ان كان الموكل عالما بمجحد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في تشيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً وقال بعض اصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع عين لم يملك تشيتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكره فانه توكيل في قبضه ونقله اليه

( مسألة ) ( وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال اقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه )

اذا وكله في قبض دين من رجل مات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لانه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وان قال اقبض حقي الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لان قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك ، ويحتمل أن ينعزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فإذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير اذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وان لم يرض بذلك بطلت الوكالة ، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ما كره له لا ينافي اذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأثماً أو حريباً أو مرتداً لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلماً فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً

على موروته ، فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انساناً في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل ، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعله وكيه دون وارثه

(مسئلة) ( وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً ) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) ( وإن وكله في الايداع فأودع ولم يشهدام يضمن إذا أنكر المودع )

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الخريقي يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الوديعة لا تثبت إلا ببينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف قضاء الدين ، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانها اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلاً في نقل امراته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البيعة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالة الوكيل (فصل) وإن تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع إليه ديناراً وكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً لأنه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وإن وكله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار بطلت أيضاً لأنه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع أما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه لزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كاشترى له من غير إذن لأن الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه فإذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على إجازة الموكل فإن أجازته صح ولزم الثمن وألا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل لأنه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بماله نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لأنه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين فقضاء ولم يشهدوا ذكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)

إذا وكل رجلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببيعة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كالأداء الموكل فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن كان قضاء بغير بيعة فالموكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه إذا قضى بغيره لم يوجد وعن أحمد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كالأمره ببيع ثوبه فادعى بيعه، ووجه الأول أنه مفطر بترك الشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالشهاد؟ قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بوجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لرد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثر من أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاءها فدفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذي أذن له في القبض لكن جعله وكيلا ويمكن من عليه الدين من القضاء يخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفاً من التبعة من الورثة أن كان موروثهم قد مات فأنزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فأما من طريق الحكم فلو وكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فإن أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة للبهة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل أنزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات وانتقل إلى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالإنزال به وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لأنه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لأن تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عد ولا فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فإن اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فألكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأنكر الموكل فالقول قوله لأن الأصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفریط) سواء كان بجعل أو لا لأنه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولأنه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والشرع والمضارب والمرتهن والمستأجر لأنه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة إليها وذلك ضرر وقال



## ﴿مسئلة﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ او يظاً)

وجملة ذلك أن الوكالة اذا وقعت مطابقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تنفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتلك أو صرفتلك عنها وأزلتلك عنها أو ينهائه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امساكها وكذلك ان وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فاذا انقضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه زوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على احدي الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

الفاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالخريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتمعذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التالف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله أو باقرار موكله أو تبينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجعل أو غيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبهها فان تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال بعث الثوب وقبضت الثمن فالقول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل في التصرف فيقول الوكيل بعث الثوب وقبضت الثمن فيذكر الموكل ذلك أو يقول بعث ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لأصحاب الشافعي لانه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كالأقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال ( ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الآمر مخيراً في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء )

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد عنه فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بضمن في ذمته وليس ذلك ملكاً لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه الموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو لغيره ، إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان ( إحداهما ) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره ( والرواية الثانية ) يقف على اجازة الموكل فان أجاز له لزمه لانه اشترى له وقد أجاز له فله كما لو اشترى باذنه ، وإن لم يحجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلًا للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلًا له ، فاما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشترى عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالباً بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالب به برد ما زاد على خمسمائة .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي

﴿مسئلة﴾ ( وان اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجعل فعلى وجهين ) إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالودع وان كان بجعل ففيه وجهان ( أحدهما ) أن القول قوله كالاول ( والثاني ) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يحجزه بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الجعد انه باع ماله يؤذن له في بيعه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بخير فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ووجه الرواية الاولى انه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كمالو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك» يعني ماله ملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكمنا ببطولان البيع فاعترف له العاقد معه ببطولان البيع أو ثبت ذلك بينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ما لي أو قال بعت مال موكلتي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن انفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان

### (مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجملة ذلك ان الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لا تمتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد كالمستعير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعترف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بجحدته ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بجحدته فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيائته فان كان جحوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أي رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لشبوت كذبه وخيائته

### (مسئلة) (فان قال أدنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بخمسة فأنكره فلي وجهين)

وجملة ذلك أنها متى اختلفا في صفة الوكالة فقالا وكلتك في بيع هذا العبد قال بل في بيع هذه الجارية أو قال

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا . والرواية الثانية يصح النكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان أجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

( فصل ) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بدينى عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفاً من مالك في كر طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بانه ما يملكه غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه .

( فصل ) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول له اذنه مطلقاً ولا عرفاً لانه قديور التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتاً لم يحجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بيع ثوبي غدا لم يحجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق سراً فاجبودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقيدا لاذن به لانه قد

في بيعه نقداً قال بل نسيته أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكلتك في الشراء بعشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في الجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر، وقال أبو الخطاب اذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بعشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قيصاً وحكي عن مالك ان أدركت الساعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها اذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برىء من الشراء، ثم لا يخلو إيمان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

نص على أمره فيه غرض فلم يحجز تقويته وان كان هو وغيره سواء في الغرض لم يقيده الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدها إذنا في الآخر كالواستأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في ملكه إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح انه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كالأذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبعض اضرار بالموكل وتشقيص للملكه ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقا فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبائع، فان أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها رفع الامر إلى الحاكم ليرفق به لبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته مئاقصا بالثمن الذي أخذ منه الآخر ظلما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مرادة، فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بعته أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعته ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه يبيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بعته وكذلك كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه، وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذبا في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إبقاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى



على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا أفرادهم وإن قال اشتري عبداً صفته واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم تجز مخالفته لأن تنصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول أذنه سواء ، وإن قال اشتري عبيدين صفقة فاشترى عبيدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بافظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لأن القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف ، وإن اشتراها من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعثك هذين العبدین هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت أحتمل أيضاً وجهين وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لأن ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فإن دفع اليه دراهم وقال اشتري بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها وفي الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما وإن قال اشتري بعينها فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تبين الثمن انفسخ العقد بئله أو كونه مقصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل ؟ على روايتين وإن قال اشتري في ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنها فاشترى بعينها فقال أصحابنا يلزم الموكل لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا في عبد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ويحتمل أن لا يصح لأنه قد

وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لأنه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً وبقيته ان تلف فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن أخذه من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد ، وإن كذبه وادعى أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة وإن كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لأنه لم يسلم له المنع وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وإن البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لأن القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وإن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وإن كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه هذا إن اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال أنا بعثي ما لك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغير عينها لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بثلثها ولا يبطل بتجريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كالم يجوز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنعنو ما ذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بنقد أو حالا لم تجز مخالفته وان أذن له في النسيئة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البذلان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وان كان في البلد نقد باع باغلبهما فان تساوى باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وصاحبا له البيع نساء لانه معتاد فاشبهه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرنا هاهنا الاول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه ، ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الحال

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثلث النسيئة دون النقد ، وان باعها نقداً بما تساوى نسيئة أو عين له

(فصل) اذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخيرها لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه وإن وعده رده ثم ادعى إلى كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فان صدقه الموكل برىء فان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة إحدى الحجتين فبرىء بها كالاقرار والثاني لا يقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلافه ، إذا صدقه لانه أقر ببراءته فلم يبق له منازع ، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمنع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) ( وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالقول قول المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين )

وجملة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكلتني ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك ولو قال رجل

ثمها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبهه ماله وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فإن لم يكن له غرض في النسبة صح وإن كان فيها غرض نحو أن يكون الثمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله إلى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبية أو المائلة ومتى كان في المنطوق به غرض مختص به لم يحز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشترى نسبة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل، وإن اشتراه نسبة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتي قبلها ويصح للموكل في قول القاضي، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يحز كقولنا في التي قبها ولا أصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فيه البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه

ولنا أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فإنه وافق عليه وما ذكره ينتقض بالشراء فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لآخر وكنيتي أن أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال إن أقام البينة والا فلا يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لأن الوكيل بدعي حقاً لغيره، فأما إن ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لأن دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن إبراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لأن الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته كذا هيئنا ولأنه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالعقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه ويفارق الشراء لأن الثمن مقصود البائع والعادة تسجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله، فإن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لأنه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لأن الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذباً في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لا بها

وعن أحمد أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعابن الناس به وما لا يتعابن الناس به لأن ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقبح لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، وأما ما يتعابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لأن ما يتعابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحجز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطالب الحظ لموكله وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع وانتهى يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

( فصل ) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لأنه من غير جنس الاثنان

معتزة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يلزم لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لأنه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكيله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون تزوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتم اقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار الى نفيه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احدهما نصاً في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بمائة دينار أو بتسعين درهماً وعشرة دنانير وأشبه ذلك أو بمائة ثوب أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح ، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه خالف مركله في الجنس فأشبهه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير أو مكان بعضها لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجري مجرى بيعه بمائة درهم ودينار واما الثياب فلا يصح بيعه بها لانها من غير جنس الايمان .

( فصل ) وان وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثلثي الكل جاز لانه مأذون فيه من جهة العرف فان من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون في بيعه فأشبهه ما لو باع العبد كله بمثل ثمنه ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للثمن عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبيدين بمائة إذا باع أحدهما بها صح وهل يكون له بيع العبد الآخر؟ على وجهين ، فاما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وان وكله مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يحز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيم بما شاء . ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يحز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

( فصل ) ولو غاب رجل فجاء رجل الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الالف الا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا ان الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما اقرب به كما لو ادعى على رجل انه ضمن ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمين وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فان الشفع يستحق الشفعة في أصح الوجهين فان لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجب في الصورة الاخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم (مسئلة) (ويجوز التوكيل بمجمل وبغيره) لانه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجمل عليه كرد الآبق



(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بخمسين أو بما دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتره بأقل من مائة خالفه لم يحز لانه خالف نصه وصرح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصرح النبي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشترى بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلا لالها فكان تنبيهه على النبي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فجزى ذلك مجرى صريح نهيه فان تنبيهه الكلام كنصه وان قال اشتره بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ماضى من القول فيه، ان قال اشترى نصفه بمائة اشترى نصفه بمائة فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة فيه عرفا وان قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصرح نهيه ففيما ما عداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بجعل فباع استحقيق الجعل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقيقه على التسليم اليه لاشراطه إياه ولو قال بع ثوبي بعشرة فزاد فلك صح نص عليه، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعي وحامد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود ولنا ان عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا لانها عين تقي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة، إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب اذا لم يربح، وان باعه بنقص فعنه لا يصح مخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه نسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراء في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بثلث في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

(فصل) وان وكيله في شراء عبد موصوف بهائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لانه مأذون فيه عرفاً وان خالفه في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبداً بهائة فاشترى عبداً يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشتراه بهائة جاز فاذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان كان يساوي أكثر مما اشتراه به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكيله في شراء شاة بدینار فاشترى ثاتین تساوي كل واحدة منهما أقل من دینار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دیناراً أو إحداها تساوي دیناراً والاخرى أقل من دینار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الثاتین بنصف دینار والاخرى للوكيل لانه لم يرض إلا بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد دیناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشتریت ثاتین بدینار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدینار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دیناركم وهذه شאתكم قال «وصنعت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (احداها) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذنه فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجازه لزمه وان لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا ذكر الخرقى وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلًا للذي قصد الشراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكيله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج فاذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة الزوج فان أجازه صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بدیني عليك طعاماً لم يصح ولو قال أسلف لي الفأ من مـلكك في كـر طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي انفا في كـر طعام واقض الثمن عني من مـلاك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوق ذلك له كما لو قال له بعه دينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي ديناراً جزاً لحديث عروة بن الجعد الباري ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له إبدالها بغيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يقع البيع باطلاً أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير إذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلاً أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) وإذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها إلا سليمة لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالعيب، فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لأنه اشترى غير ما أذن له فيه وإن لم يعلم عيبه صح البيع لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لمعجزه عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً فضااع مع الرسول فهو من مال البائع لأنه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان البائع لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل لأن المرسل إنما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها إنما دفع ديناراً عوضاً عنه وهذا صرف يقتصر إلى إذن صاحب الدين ومصارفته به فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضااعت من الرسول بغير تقييد فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دينار وثياب فبعث إليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضااعت فالضمان على البائع يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينارين والثوبين إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلّف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في العقد الصحيح فإذا كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم ليشترى له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضااعا فلا شيء عليه وإن

عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضاً لأن الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وإن رضي رب المال لأن له حقاً فلا يسقط برضى غيره، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وإن قلنا الرد على الفور لأنه أخره باذن البائع فيه وإن قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا بينة فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائباً في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة ههنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا ينزل حتى يعلم العزل، وإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه أمسكاً

ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خاطبها بما تتميز منه ويحتمل أنه أذن له في خطبها أما أن خاطبها بما لا تتميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على الحمل الآخر وهو إذا خاطبها بما تتميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فإن كان عليه حق لإنسان فادعى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه إلا أن تقوم به بينة وإن لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع إليه وإن صدقه (نوبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاء الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كما لو أقر أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عيناً وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وفارق الإقرار بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وإن كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها .

(مسئلة) (فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجم على الدافع وحده)

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بيته وان كذبه ولم تكن به بيته فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيتة فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشترائها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالتميين فربما رضي به على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً

وجملة ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذ الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديده وتفريطه فيرجع عليه

(مسألة) ( وإن كان المدفوع وديعة فوجدتها أخذها وإن تلف فيه تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء )

إذا كان المدفوع عيناً فوجدتها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببذلها على من شاء منهما لان الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ماأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره الا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت بيته وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن ان كان الوكيل تعدى فيها أو



مبينين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا يملك رده فليس له شراؤه لان العيب إذا جازبه الرد بعد العقد فلا ينفع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم وينفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحر مال لهم لانهم يمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية وبهذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن

فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر بانه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعيده فالدافع يقول ظلمي المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

(مسئلة) (فان كان ادعى ان صاحب الحق أحاله ففي وجوب الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان الدفع اليه غير مبرى ولا حتم ان ينكر الحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف ان الحق انتقل اليه أشبه الوارث والاول أشبه لان العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرى وهي موجودة ههنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع اليه يبرى وهو متخلف ههنا فالخافه بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه) بغير خلاف نعلمه لانه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن اذكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم وإنما لزمته اليمين ههنا لان من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار كسائر الحقوق المالية (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فلو وكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لان ذلك من شروط العقد فتعلق بالعقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من امواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن والبايع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء وإن دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فردده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل ، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال احمد في رواية مهنا اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب انما قال ذلك لان هبة المنديل سببها البيع وكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لانه لا ضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئا والقول قوله منع عينه وان كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بلا جعل فكذلك لانه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله ، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاث ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكيفا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقاهما الحرق في قوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الحرق كالمرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالبائع والقرض. وان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزل له لم تثبت وكالته بذلك ، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبيا لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

( فصل ) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال اصحابنا فيها روايتان ( احدهما ) ثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احمد قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا ( والثانية ) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقى بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الحرقى كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بالعزل رجلا غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال احدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة قد تمت في العزل كتمامها في التوكيل

( فصل ) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلًا أو شهد أنه قال جعلتك جرياً لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانها لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيداً أو شهد أنه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم تتم

(فصل) فان شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد احدهما انه اقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر انه اقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فحوز له الاقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر انه اقر بها بالعجمية ثبتت، ولو شهد احدهما انه وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما انه قال وكتبت وشهد الآخر انه قال اذنت لك في التصرف أو انه قال جعلتك وكيلًا أو شهد انه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال احدهما اشهد انه وكله وقال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكما لفظ الموكل وانا عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر أنه جريه أو أنه أوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيدا أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم

الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقـدح في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي « وقال ابو حنيفة تثبت بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فستقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا اتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم اعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما اعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقده في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيئة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على ان الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فمكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في نصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولا نه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أنصرف عنه تثبت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراهياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسرفان فسرف بالاول تثبت وكالته وان فسره بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيئة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالنزل سمعت وان عزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يحجر بها نفعا ولا يدفع بها ضررا

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالعزل سمعت وان عزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يحجر بها نفعا ولا يدفع بها ضررا



وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبيين ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكلا فيه فانه لم يكن خصما فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران الى أنفسهما نفعا وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو ابقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أئيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لائيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه نفعا ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبيين ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكلا فيه فانه لم يكن خصما فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران لانفسهما نفعا وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو ابقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أئيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لائيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لأنهما يثبتان لاييهما نائباً متصرفاً ، له وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناء أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناء قبل أيضاً لذلك ، وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أييهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وإن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناء لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لاييهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وأبنائه يشهدان لعبده أييهما والابوان يشهدان لعبده أييهما فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ يحتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنته من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لاييهما نائباً متصرفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناء أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناء قبل أيضاً كذلك وإن ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أييهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناء لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لاييهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وأبنائه يشهدان لعبده أييهما والابوان يشهدان لعبده أييهما ، وإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ يحتمل وجهين (فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وإن قلنا يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنته من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بيته تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعي عليه حقاً فإذا أجاب المدعي عليه حينئذ يسمع الحاكم البيعة فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البيعة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البيعة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يقتصر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يقتصر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بيعة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يقتصر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولأنه يتصرف في ماله بأذنه فصح شرط الربح له في الثاني للمضارب والعامل في المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بيته تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعي عليه حقاً فإذا أجاب المدعي عليه حينئذ يسمع الحاكم البيعة، فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم يسمع البيعة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البيعة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على الغائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يقتصر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فأحضر واحداً منهم فإن الباقي لا يقتصر إلى حضورهم كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بيعة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يقتصر إلى حضور وكيله

## كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى ( وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا ) وقال تعالى ( وآخرون اعترفوا بذنوبهم ) وقال تعالى ( ألسنت بربكم ؟ قالوا بلى ) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فاروي ان ما عزا أقر بالزنا فرجه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع اذا أنكر ولو كذب المدعي ينسب له تسمع وان كذب المقر ثم صدقه تسمع .

( فصل ) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغمى عليه فلا يصح اقرارهم لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ » وعن المجنون حتى يفق ، وعن النائم حتى يستيقظ « فنص على الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز فان كان

## كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى ( وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا ) وقال تعالى ( وآخرون اعترفوا بذنوبهم ) وقال تعالى ( ألسنت بربكم ؟ قالوا بلى ) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فاروي ان ما عزا أقر بالزنا فرجه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعي ينسب له تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه تسمع .

( مسألة ) ( ويصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغمى عليه )

لأننا في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفق وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون

محجوراً عليه لم يصح إقراره وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال أحمد في رواية مهنا في اليتيم إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فيبيعه وشراؤه جائز وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم فإن أقر من هو مرأوق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه لأن الأصل الصغير ولا يحلف المقر لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يسمع إقراره بخلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالسليم والطلاق ، فأما الصبي المميز فإن كان محجوراً عليه لم يصح إقراره للنص وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فيبيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة إقرار العبد أولى لأنه مكلف

(مسئلة) (فإن أقر مرأوق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قول المقر) إلا أن تقوم بينة ببلوغه لأن الأصل الصغير ولا يحلف لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح إقرار السكران وتخرج صحته بناء على طلاقه)

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بغير خلاف وإن كان



فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى أو أقر بعق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه نص عليه لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره لأن الأصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لأن هذه الحال تدل على الاكراه ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا بينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تقتصر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفیه والمفلس والمريض في أبوابه. وأما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لأن المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ وأما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص

خلاف وإن كان بمعية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله.

﴿مسألة﴾ (ولا يصح اقرار المكره إلا أن يقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح)

لا يصح اقرار المكره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فالما أن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسألة﴾ (وان أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح بيعه)

نص عليه أحمد لأنه لم يكره على البيع ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولانه متهم في أنه يقر لرجل يعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لثلاثي يفضي الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد، وجب المال كالجائنة والمأومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقتها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدرهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم تثبت حكم السرقة فيها فلا تثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد بقرقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بمحال ولا لنا

ببينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفية والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت الخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا تهمة عليه في ذلك وانما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بمال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه إقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على التلك ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف التلك فما دون ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة بحقه أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضربنا بسيده لانه اذا شاء أقر لغير سيدة فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيدة وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

( فصل ) ويصح الاقرار لكل من ثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيدة . وله المطالبة بذلك والنفو عنه وليس لسيدة مطالبة به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيدة لان يد العبد كيد سيدة ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتسديته ويبطل برده ، وان أقر له بهيمة أو دار لم يصح لإقراره لها وكان باطلا لانها لا تملك

#### (مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة)

وقال أبو الحسن النيمى والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لها تساويان ضاق عنهما فقبل بينهما سواء . والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، نص احمد في المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين بينة يبدأ بالدين الذي بالينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بينة كتحريم المفلس الذي أقر له بعد الحجز عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار للوارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجز ومن ثبت دينه بينة كالذي أقر له المفلس وظاهر كلام الخرقى انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة فان أقر لها في المرض جميعاً تساويا

#### (مسئلة) (وان اقر لوارث لم يقبل الابينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي والشافعي قولان كالذهبيين وقال مالك يصح اذا لم ينهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن

المال مطلقاً ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لاّ حدولاً له لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها الفصح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

( فصل ) وان أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل . فعلى هذا ان ولدت ذكراً وانثى كان بينهما نصفين ، وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزیه الى ارث او وصية وهو قول أبي توفيق والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرها فان ولدت الولد ميتاً وكان قد عزى الاقرار الى ارث او وصية عادت الى ورثة الموصي وورثت الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره ، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل . وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لا تلزمني وإن قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تبين انه كان موجوداً

عم فاقر لا بنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في انه يزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاخص المنع بموضعها

ولنا أنه لا يصلح لماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهبته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالأصبي في حق جميع الناس ، وفارق الاجنبي فان هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

( مسألة ) ( إلا أن يقر لزوجه بمهر مثلها فما دونه فيصح ) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لانه اقرار لو ارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبهه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فاقر له بشئ مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

( فصل ) فان أقر لها ثم أنبأها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يتهم فيها فأشبهه ما لو أقر لمرض ثم برى . ولنا أنه أقر لو ارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

**(مسئلة)** قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناءه باطلا الا أن يستثنى عينا من ورق او ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان ( أولهما ) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى ميلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى ( وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن ) وقال تعالى ( لا يسمعون فيها لغوا الا سلا ) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر :

عبت جوابا وما بالربع من أحد \* إلا أوارى لآيا ما أيدها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

**(مسئلة)** ( وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي ) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جردها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على ألف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف

**(مسئلة)** ( وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية ) وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لاخته ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم زوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل



ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلانا عن رأيه اذا صرفته عن رأيي كان عازماً عليه وثنيت عنان  
داً بقي اذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب اليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا  
ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا تناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وانما سمي استثناء تجوزاً وإنما  
هو في الحقيقة استدراك، والا ههنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاة عن سيويه  
والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد  
النفى ولا يأتي بعده الاثبات الا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار  
لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وان ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة  
درهم الا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بثبي مدعياً لشيء سواء فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح  
بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل أن  
الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال  
الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذا أمرتك؟) واذا لم يكن مأموراً  
فلم أنكسه الله وأهبطه وودحه؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر  
الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لسكونه معهم، قلنا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فافر لاحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز  
قراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة  
لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه  
بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كما اشهادة ولانه اذا أقر لغير  
وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من اهله خالياً عن تهمة فثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا  
يسقط واذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اذا أقر لوارث فلا  
يصح كما لو استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث اما الوصية فانها  
عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان أقر لامرأته بدين ثم ابانها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) اذا مات من مرضه  
لانه اقرار لوارث في مرض الموت اشبه مالم يبينها

(مسئلة) (وان أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)  
يصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه اقرار لوارث فأشبه الاقرار  
له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كالمولم يصير وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على  
ما اذا أقر لغير وارث نصار وارثاً فمن صحح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن أبطله أبطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوبا لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرها ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتنى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

(مسئلة) (وان أقر بطلاق امراته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه متهم بقصد حرمانها الميراث فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس فنص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويحب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

أصح تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقليا لم يجوز لما ذكرناه من الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاوّل أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) فأما استثناء بعض مداخل في المستثنى منه فحائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى ( فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ) وقال ( فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس ) وقال النبي ﷺ في الشهيد « يكفر عنه خطايا له كالماتن » وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب ، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء ، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى ( فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ) اخبار بتسعمائة وخمسين فلا استثناء بين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص يبين أن الخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح ، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى ، وان قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض مداخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء العبيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح مجحولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم براده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالمقصود عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني ودادود وان جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يتم في أنه يقز لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده ، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لثلاثا يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه لإيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

﴿ مسألة ﴾ ( وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق ) لانه تصرف

فيما هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملاً باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجنايته

﴿ مسألة ﴾ ( وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجب كجناية الخطأ قبل ) لانه لإيجاب حق في ماله

﴿ مسألة ﴾ ( وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال )

وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب

المال سواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه ، وان قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير ، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهل كوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة الهاكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال له : علي عشرة سوى درهم ، أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو وعدا درهماً أو ماعدا درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر انه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه فالدرهم لسيد . ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بماله لانا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولانه اذا شاء أقر لغير سيده فبطل ملكه فان أقر السيد لرجل وأقر هو لا آخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لافي يد نفسه ولانه لو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحذ وجناية العمد

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى او كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيد مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل اقراره ، وان أقر له بمال صح ويكون لسيد لان يد العبد كيد سيده وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان أقر السيد لعبد بمال لم يصح) لان العبد لسيد فلا يصح اقراره لنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه ويُنظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهان الا درهين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهماً أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء. وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كجملته الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب الفاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانة ولا يجلس على تكريمه الا باذنه » والوجه الاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدي

العبد لسيد له يصح لانه أقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً

(مسئلة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره

(مسئلة) (وان أقر لعبده غيره بمال صح وكان للمالك) لان مال العبد لسيد

(مسئلة) (وان أقر لهيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال للمالكها ولزيد علي بسببها ألف صح الاقرار. وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون للمالكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج بجهولة النسب فاقرت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانهما تقر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان أولدها بعد الاقرار ولداً كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقبها وان أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أتت به في ملكه أو غيره. فهل تصير أم ولد؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير أم ولد لاحتمال أنها أتت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولد لانه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه



الجلتين مع الاستثناء لقوا لانه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدى الجلتين انما أخرج من الجلتين معاً من اتصف بصفة فنظيره مالو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً ، ونظير مسئلتنا مالو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً . وان قال له : علي درهمان وثلاثة الا درهمن ، لم يصح أيضاً لانه يرفع الجملة الاولى كلها فأشبهه مالو قال اكرم زيداً وعمراً الا زيداً ، وان قال له : علي ثلاثة وثلاثة الا درهمن خرج فيها وجهان لانه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل (فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال : له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمن كان مستثنياً خمسة مبقياً خمسة ، وان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة . قد جاء في كلام الله تعالى في قوله ( قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجورهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين ) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نفيّاً والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثانياً كان نفيّاً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثبوت لانه اثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم اثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسيزيد لهذا الفصل فروعا في مسألة استثناء الاكثر .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ( واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه

ابنه ثبت نسبه به )

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطاً وهو على ضربين :

(أحدها) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواليه ( الثاني ) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن لإحقاقه باحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لانه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزمو كما لو أقر بمال فان كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأذكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الأب لو عاد يجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه يثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاوّل أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لان النسب يمتط

( فصل ) إذا قال : له هذه الدار هبة او سكنى او عارية كان إقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كالأقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتغال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يستألفونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثمنها أو قال ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلاً نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه أياها وأن يعود فيما عاراه

لأبائته وإن اعترف إنسان أن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره باخ فسند ذكره أن شاء الله تعالى

(مسألة) (فإن كان الصغير المقر بنسبه ميتاً ورثه لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن ثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه) وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكره يبطل بما إذا كان المقر به حياً موسراً والمقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه على نفسه، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد ويجب أن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق

(فصل) فإن أقرت امرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين (أحدهما) لا يقبل لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقاً للعار به بولادة امرأته من غير (والثاني) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً فإن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا بد أن يثبت أنه ابنها وإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها إذا كانت ذات أهل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعي عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (احداها) أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم أجده عن أحد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقرر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والاحلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كالأدعي القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبيين، ووجه قول الحنفي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فإني بعد من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة وأما استثناء الكل فتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) وإن قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيته وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها ما

فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وإن قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل ارضهم أو دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب يحتاط لاثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

(فصل) وإن أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجة أمه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح

وأما إن الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكرناه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجب لفظ ولا يتضمنه

يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويجبيء على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه المحسوس التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما رفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه مالو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه ما أقر به وله اليقين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل فأشبهه مالو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاها فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته

(فصل) اذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطنها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح وبطالب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال بنسكاح فعلى الولد الولاء والام والآخرون من أولادها رقيق، فان قال استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولواء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابناً أم ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر قن والا صغر له حكم أمه وان عين الا صغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها أم ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم ببيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاء لانه محتمل أن يكون من نسكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فمن وقت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) اذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحداها زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه وتحرير مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلت فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فانما يرفع جزءاً أكان ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أنني بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكما لو قال له علي ألف لا يلزمني أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فيتناهيان وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه

ولكن أقر السيد بوطمها صارتنا فراشا ولحق ولداهما به إذا أمكن ان يولدا بموطئته وان أمكن في إحداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن اقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير محجول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فالحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فاذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فعلي الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علفت بملوك وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علفت به في غير ملك، وان ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فاذا حلف رقت له ورق ولدها فاذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت امه قد صارت ام ولد عتقت، وان لم تصر ام ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتق منها بقدر ممالك وان عادت قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لأن الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لان الظاهر أنها ولدت في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يمين عرض على القافة فان ألحقته باحدهما ثبت نسبه وكان حكمه



(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حداً لله تعالى يدراً بالشبهات ويحطاط لاسقاطه فأما حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدراً بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً فإذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمر أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمر شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبتها من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويغرمها لعمر وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المقصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبليها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا نيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا أن يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعاتها والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العنق

(مسألة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وإن كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وإن كان معه غيره لم يثبت النسب والمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنما لم يقبل اقراره في حياتها لأنه على غيره فلا يقبل فلما ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكام عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون اتى عليه وفي دعاويه كذلك في النسب إلا أن يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فإن كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها عمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنّها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او عارية او وصية ولا يغرم لعمرو شيئاً لانه لم يكن منه تفريط، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو لانه أقر للثاني بما أقر به للاول فكان الثاني رجوعاً عن الاول لتعارضها وههنا لا تعارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويغرمها لزيد لانه لما أقرها لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمرو أو قال هو لعمرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لانه يصح بالجهول فيصح للمجهول ويطالب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر إن ادعاها ولا يغرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا اعرفه عينا فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده فان كان لأحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقر عينا بينهما فن قرع صاحبه حلف وسامت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة اخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

﴿مسئلة﴾ (وان أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه)

لان الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

﴿مسئلة﴾ (وان أقرت امرأة بنكاح علي نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)

(إحداها) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي النفقة

والكسوة والسكنى فلا يقبل

(المغني والشرح الكبير)

لا أحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجبت عليه فقضي عليه كما لو ادعاها وحده (فصل) فان كان في يده عبدان فقال أحدهذين لزيد طولب بالبيان فان عين أحدهما فصدقه زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب فان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين يقضى عليه وان اقر له فهو كتمعيينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال : هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا وإنما هو آخر فعلى المقر اليمين أنه ليس له عنده سواء ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لانه لا يدعيه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملك كذبه بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه كان محكوماً له به فاذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقرة بالاذن نص عليه وقيل لا يقبل الا على المجبرة من المحررات لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

(مسئلة) (وان أقر أن فلانة امرأته او أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثته كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا أقر بنسب كبير عاقل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبوت نسبه فيخرج ههنا مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان أقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر ما له لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا ، فان عاد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لأنه يدعيه ولا منازع له فيه ، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادعاه المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به لغيره (١) وان كان معدوماً بتلف أو اباق ونحوه بنير تعد من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر  
الفصل زيادة من  
بعض النسخ

مسئلة قال (ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زبوقاً أو صفاراً أو الى شهر كانت عشرة جياداً وافية حالة )

وجملته أن من أقر بدرهم وأطلق افتضى لإقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دنانق واقضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عاياه كذلك ، فان عاد فقال زبوقاً - يعني رديئة - أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمثلة الجاني فان كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت أو بينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة اخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلي كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه انصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوله وقال اصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قولي الشافعي رجم اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجنبي

ولنا انه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه نفعاً فان كان عليه دين بينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المحرر

كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو ودیعة أو غصباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه مالو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيها

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكنت للتنفس أو اعترضته سلعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال له علي درهم قضيت إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صفاراً وللناس درهم صفار قبل قوله أيضاً وإن لم تكن لهم درهم صفار لزمه وازنة كما لو قال درهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدرهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه ( وإن أقر بحمل امرأة صح فإن القته ميتاً أو لم يكن حملاً بطل وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحبي وإن ولدتهما حيين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد ) إذا أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قول الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين وإن عزاه إلى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقها لذلك وإن ولدت حياً وميتاً فالكل للحبي لانه لا يخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للعت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزده الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما، فإن وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار إلى ارث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وإن عزا الاقرار الى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي الف أقرضتها أو ودیعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له الف لا يلزمي، وإن قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار لحمل الا اذا ثبت أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وإن أقر لمسجد



به كما لو وصف الثمن به فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل بحقه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها، وعلى ما ذكره لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ماهو واجب عليه فيفسد باب الاقرار، وقول من قال ان قوله صفاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لان مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير اقراره، فاما ان قال زيوفاً وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصف ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، أو في بلد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان (أولهما) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والأمان (والثاني) تلزمه الموازنة الحالية من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فيكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب

أو مصنع أو طريق وعزاء إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه بالنسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل إقراره بقي كانه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ ائمال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكة لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً الى دعواه، ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقمها للغير فهو كغيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

### باب ما يحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفأ فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقراً ومثله أنا مقر بما ادعيت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وان

في الحال فاخص بدرام الموضع الذي هما فيه والاقرار إخبار عن حق سابق فانصرف الى دراهم الاسلام  
 (فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرهما بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان إطلاقه ينصرف  
 اليه وإن فسرهما بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت  
 مثلها لانه لا يهتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لسكها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لان  
 إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولانها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره  
 بها كما لناقصة وزناً ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسر به وفارق الناقصة لان  
 إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق  
 الثمن فانه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال  
 له علي درهم فهو كما لو قال درهم لان التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد  
 يكون لمحبه كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهم ولم أقبل \* بذيالك الوادي وذيك من زهد

ولكن إذا ما حب شيء تولعت \* به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال اليس لي عندك الف؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى  
 (ألمست بربكم؟ قالوا بلى)

(مسئلة) (وان قال أنا اقر أو لا أنكر أو يجوز ان يكون محقاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن  
 أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو افتح كك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك ان قال لا أنكر لانه لا  
 يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز أن يكون محقاً  
 لم يكن اقراراً كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانهما للترحي، وان قال أظن أو أحسب أو أقدر  
 لم يكن مقراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ أو اتزن أو افتح كك لانه يحتمل خذ  
 الجواب أو اتزن أو افتح كك شيء آخر

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صحاح فبل  
 يكون مقراً) (يحتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل ان يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك  
 ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أقررتم واخذتم على ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا  
 بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً ويحتمل ان لا يكون مقراً لانه يحتمل ان يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدراهم يقتضي وازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم ماله أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة على ما فصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهman كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحا وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعيباً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا ههنا، فان وصف احدها وأطلق الآخرفـ كذلك لانه لا يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً كذا لما ذكرنا وان وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهman لأنهما متغايران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهman وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

ان يريد انامقر بالشهادة او بطلان دعواه وان قال خذها أو آخذها أو اقضها أو احرزها لي أو هي صحاح فهل يكون مقراً؟ يحتمل وجهين ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه ما يدعيه من غير ان يكون واجبا عليه فأمره باخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي ألف ان شاء الله أو في علمي أو فيما أعلم أو قال اقضني ديني عليك ألفاً أو سلم لي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها)

إذا قال لك علي ألف ان شاء الله كان مقراً نص عليه احمد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كالمعلقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله لا سبيل الى معرفته ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي ألف الا ألفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي ألف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع، وان قال له علي ألف ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة. ولأن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صفار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكي ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني ويأنه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والاقرار لا يقتضي تأكيد فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وحدها واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. ولأنه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف إن شهد به فلان وذلك لأن الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى قال مشيئة الله تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتفويضاً إلى الله تعالى كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني أن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقوف الأمر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الأمر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الأمر ههنا على المستقبل فيكون لا اقراراً وعداً

(فصل) ولو قال بعثك إن شاء الله أو زوجتك إن شاء الله فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح فقال نعم إن شاء الله أن النكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعثك بالف إن شئت فقال قد شئت وقبل صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وان قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب ولو قال أقضيتني الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لأنه تصديق لما ادعاه وإن قال سلم إلي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وإن قال اشتري عبدي هذا أو قال أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا

قاسبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم ولكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لابل انت طالق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كمالو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداد لان ما بعد الاضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه الادرها جعلنا كلامه لغواً واضرابه عنه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أوله علي فقير حنطة بل فقير شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جملتين أقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه ١ وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلى وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً للمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلاً

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلى وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد الحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيرهما سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقراراً لانه



له بخلاف الاستثناء فانه لا ينفي شيئا أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة  
الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده  
درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم  
أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم  
في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع  
درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا  
اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه  
اقرار وان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا  
تحتيه فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه  
درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص  
ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن  
يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار  
أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالتي قبلها ( والثاني ) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون  
ثابتا في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) ( وان اقر العربي بالمجمية أو المجرية بالعربية وقال لم أرد ماقلت فالقول قوله مع  
يمينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

### ﴿ باب الحكم فيما اذا وصل بقراره ماغيره ﴾

إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي الف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو  
الف من ثمن خر أو تكفلت به علي أني بالخيار لزمته الف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب  
وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف ربوف وفسره برصاص  
أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا  
اقراره الى سببه فقبل كما لو عزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي الف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي الف لا تلزمني أو  
نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكك وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت الف عليه في  
هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوتها فتنافيا وان سلم ثبوت الف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لا انتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم آتوا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كآتي قبلها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى عشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن يزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الغنى ونجيب الزكاة ولنا ان الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة أكثر مما وهما وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقرر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا نجيب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي الف الا الف لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا سائة لم يصح وسند كره ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يقبل رجوع المقرر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) (وان قال كان له عندي الف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الخرقى ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (أحدهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه اليمين بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالذهبيين، ووجه قول الخرقى أنه قول متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بمضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهمن مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهمن في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل ما يقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احداً للتقدين في الآ خر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

( فصل ) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان ( أحدهما ) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف هذا الاختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

( فصل ) فان قال كان له علي الف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويجبي على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه الخمسون التي ادعى قضاها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

( فصل ) فان قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآ خر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال أما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت ولنا انه اقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما لآخرها كانت ملكه حكم بها له الا انه ههنا ان عاد فادعى القضاء او البراء سمعت دعواه لانه لاتنافي بين لاقرار وبين ما يدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي الف وقضيته اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للعقر فلم يلزمه ،  
(والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار ويصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال  
له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون  
ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الغصب صار كأنه قال غصبت ثوبا ومنديلا

ولنا انه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبا في منديل لي ولو  
قال: هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في  
اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر ، أو قراب  
فيه سكين فعلى وجهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً  
واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم  
وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعها وإن قال: له علي ثوب مطرزلزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً  
وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته  
ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لانه رفع ما اثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن ابي موسى إن قال  
قضيت جميعه لم يقبل الا بينة ولزمه الالف الذي اقر به وله اليمين على المقر له وأما لو قال قضيت  
بعضه قبل منه في احدي الروايتين لانه رفع بعض ما اقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما اذا  
قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل

ولنا ان هذا قول متناقض اذ لا يمكن ان يكون عليه الف قد قضاء فان كونه عليه يقتضي بقاء  
في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاء بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذا ضدان لا  
يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن  
ان يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً واذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء  
الف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى  
منه فقول الله تعالى ( فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما اما القضاء  
فانما يرفع جزءا كان ثابتاً فاذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف علمناه فان ذلك كلام  
العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى ( فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجهها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بها بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو ما درهم وإما دينار كان مقراً بأحد هارجع في تفسيره اليه لأن أو وإما في الخبر كالشك ونقتضي أحد المذكورين لاجمعيهما، وإن قال : له علي إمدارهم وإمدارهم كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناءه باطلاً)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن الكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى في موضع الغاوين من العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناءه إلا أكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابغثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

ﷺ «يكفر عنه خطاياها كلها إلا الدين» وذلك في كلام العرب كثير فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبت فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص بين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة (فصل) فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناءه إلا أكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابغثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومثبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل



ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه، وقال القتيبي يقال صمت الشهر إلا يوماً ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بهما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومهم لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لا تباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوماً ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوماً ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم وان لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بهما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة، واما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الآية الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومهم لم يستثن منه شيء فيكون قوله (إلا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لا تباعه (وما كان لي عليكم من سلطان الا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه (فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخريفي لتخصيصه إلا بطل بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل.

(فصل) وإن قال: له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة إلا درهمين عبارة عن ثلاثة استثنائها من سبعة بقي أربعة مستثناء من عشر بقي منها ستة وان قال: له على ثمانية إلا أربعة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فله خمسة وإن قال: على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقرر بستة ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فاما ان قال: له على ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل واستعملته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخريفي لانه ليس بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

(مسألة) (فاذا قال له علي هؤلاء العبيد عشرة إلا واحداً لزمه تسليم تسعة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يعينه صح لان الاقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له.

(مسألة) (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وانما تعذر تسليم المقر

كله لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولا أصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن النميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس ففى علم أحد الطرفين علم أن الآخر

به لتلفه لا معنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلف بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً لانه غير متهم لان المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبك هؤلاء العبيد إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يستل عن المستثنى منه فإن فسر به غير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وان قال : له علي تسعة وتسعون درهماً فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وان قال مائة وخمسون درهماً فكذلك . وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو خمسون درهماً والف درهم أو الف ومائة درهم أو مائة والف درهم والصحيح ما ذكرنا فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين انه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنتره

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لانها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس المفسر أو قال : بعثك هذا مائة وخمسين درهماً ، أو بخمسة وعشرين درهماً . لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

(مسئلة) ( وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لان الاول استثناء فلا يدخل البيت في اقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه اخرج بعض ما يتناوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

(مسئلة) ( وإن قال له علي درهماً وثلاثة ادرهمن فهل يصح على وجهين ؟ )

(أحدهما) يصح لان الاستثناء يعود الى الجملتين وهو أقل من النصف (والثاني) لا يصح لانه يعود الى اقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسئلة) ( وان قال له علي درهم ودرهم الادرها أو ثلاثة ودرهماً إلا ادرهمن أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الادرها أو خمسة وتسعون الا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما اقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العديدين وتجعل الجملتين كجملية الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب الفاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته

(فصل) وإن قال : له علي الف ودرهم أو الف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال الف درهم وعشرة أو الف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال اتميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل اليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى ( يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ) ولان الالف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً له وان عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيراً لان علي للإيجاب في الذمة فاذا عطف عليه ما ثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهماً. ولنا أن العرب تكفي في تفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى ( ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً ) وقال الله تعالى ( عن الجن وعن الشمال قتيل ) ولانه ذكر مبهم مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً بحقه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الامر على ذلك، أما قوله ( أربعة أشهر وعشراً ) فانه امتنع أن يكون العشر أشهراً الوجهين (أحدهما) أن العشر بغيرهاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الالف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيراً لجميع

الاباذنه قال شيخنا والاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام من ان يكون جملتين والاستثناء رفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لانه اثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين انما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً ونظير مسئلتنا ما لو قال اكرم زيداً وعمرأً الا عمرأً

(مسئلة) وان قال له علي خمسة الا درهمين ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجهين

لانه استثنى اكثر من النصف وفي الآخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فاذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنى الخمسة مقراً بخمسة فان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى ( انا ارسلنا الى قوم مجرمين الى آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغايرين ) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نقيضاً والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثانياً كان نقيضاً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا



ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم الإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة الكلام المقرر عن الإلباس والإيهام وصرّح له إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة أن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهماً والآخر مفسراً وأمكن تفسيره بهوجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فإما أن لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إيهامه كقوله قال له علي أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لأن علم فيه اختلافاً بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الافتراء والرجوع عما أقر به فإن اللف المرذود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الإقرار ويحيله

قال له سبعة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهماً مستثنى من السبعة فيكون مقراً بخمسة

(مسئلة) (وإن قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لأن الاستثناء إذا رفع الكل أو الأكثر سقط إن وقف عليه وإن وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الأول لوصله بالثاني لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فإن عشرة إلا درهما عبارة عن تسعة فإذا قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة صح استثناء الخمسة لأنه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمين لأنه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفي نفى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي إثبات فعادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نفي فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لأنه مسكوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة أن يصح استثناء النصف ويطل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء ثلاثة ولا اثنين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة إذا صححت الاستثناءات كلها فإذا قال عشرة إلا خمسة بقي خمسة فإذا قال إلا ثلاثة عادت ثمانية لأنها إثبات فإذا قال إلا درهمين كانت نفيًا فبقي ستة فإذا استثنى درهماً كان مثبتاً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لأنه يلغى الاستثناء الأول لكونه النصف فإذا قال إلا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي ودیعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الودیعة أوردها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتى قبلها  
(مسئلة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال ودیعة لم يقبل قوله)

وجملة ذلك أنه اذا أقر بدرهم بقوله علي كذا ثم فسره بالودیعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها ودیعة واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لان الودیعة عليه حفظها وردّها فاذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف ودیعة ولان حروف الصفات يخاف بعضها بعضاً فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي، ولنا ان علي لا يجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما علي فلان علي كان ضامناً له والودیعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي درهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التمييز بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فان كان له اخوة فلائمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن « ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت فبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لانهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل اثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لانه نصف.

(فصل) فان قال له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله لان الاستثناء لدرهمين من الثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لان الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لانه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمين لانه استثناء لاكثر واستثناء الاكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه « وان قال ثلاثة الا ثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها  
(مسئلة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة ان استثنى مكبلاً أو موزوناً جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكبل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فخذت المضاف وأقت المضاف اليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت ان عليك من مالي ألفاً وأقت اللام مقام على كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، واما اذا قال لك علي ألف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لانه متناقض وقد سبق نحو من هذا

(فصل) وان قال لك علي مائة درهم ثم احضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غير ها وهي دين عليك فقول الخري يقتضي ان القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليمهما ما تقدم وان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فان القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي أداؤها ولا نه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانا عليه في ذمته ولا صاحب الشافعي في هذه وجهان، فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لانها قد تعدى فيها فتكون دينا وان قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لانها تصير بذلك دينا وان قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وان قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وان قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل اذا كان منفصلا وهكذا اذا قال نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغواً الا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر: أعيت جواباً وما بالربع من أحد الا أوارى لا يما أينها

ولنا ان الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قوله ثبت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأيي كان عازماً عليه وثبت عتاق دأبي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب اليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وانما سمي استثناء تجوزاً وانما هو في الحقيقة استدراك والا ههنا بمعنى لكن هكذا قال اهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعد الاثبات إلا أن يوجد بعد جملة اذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم الا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بشيء مدعياً نفي سواء فيقبل اقراره وتبطل دعواه

(فصل) فان قال له في هذا العبد ألف أوله من هذا العبد ألف طوب بالبيان فان قال نقد عني الفافي ثمنه كان قرضاء وان قال نقد في ثمنه الفاف لنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن الفأ ووزنت الفأ كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت الفين كان مقراً بثلاثة والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن، وان قال اشتريته بإيجابين قيل فكم اشتري منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بالف من ثمنه يبيع وصرف اليه من ثمنه ألف وان أراد أن يعطيه الفأ من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بالف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله يبيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بالف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وان قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف اليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، واما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (مامنعك أن لا تسجد إذا أمرتك) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله واهبطه ودرجه ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فانه متى كان ابليس داخلاً في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثنأه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الا توباً لزمته المائة لان الاستثناء باطل على ما بينا

(مسئلة) (الا ان يستثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح)

ذكره الخرقى وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الا ديناراً فهل يصح؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد التقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقى صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا ( وقال سبحانه في النساء ( لا تخرجوهن من بيوتهن ) وقال لازدواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ( وقرن في بيوتكن ) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال، لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته ■ وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ونقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فاقتراره جائز ■ فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أوله نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في ميراث أبي الف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فقتضاه ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقرا بنصفه لقوله تعالى ( فهم شركاء في الثلث ) فاقضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا

على وجه صحيح لم يجز النأوه وقد أمكن بهذا الطريق فرجب تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرها فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتقى ذلك والله أعلم

( فصل ) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقيا لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاوّل أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

( فصل ) قال الشيخ رضي الله عنه ( اذا قال له علي الف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه ان يكلام فيه ثم قال زيوقا أو صفاراً أو الى شهر لزمه الف جياذ وافية حالة )

وجملة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدرهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جياذا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق قلها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك



ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا

### ( فصل في الاقرار بالمجهول )

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فالزمناه إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن بينت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا إن بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الاول انه ممنوع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فشكل المقر فهو على ما ذكرناه وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فإن عاد فقال زيوفاً أو صغاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو ودعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والودعة لانه إقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به معيباً

ولنا أن اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

( مسألة ) ( إلا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها بدليل ان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لان الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم مالزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت ركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالحجر والخزير والميتة لم يقبل وإن فسره بكتاب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وان فسره بكتاب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه إليه فلا يجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بمجد قذف قبل لانه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لانه لا يؤول إلى مال والاول أصح لان ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وان فسره بحق شفعة قبل لانه حق واجب ويؤول إلى المال. وان فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به اذا أراد ان حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتسميته إذا عطس للمروى في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً: رد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته» وذكر الحديث وان قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لان اسم الغصب يقع عليه، وان قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فان أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان اطلاقه ينصرف إليه وان فسر بسكة غير سكة البلد اجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك ان كانت مثلها لانه لا يهتم في ذلك، وان كانت ادنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل ان لا يقبل لان اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولانها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل ان يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق النقصه فان في الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه إيجاب في الحال وهذا اخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وان قال له علي الف إلى شهر لزمه مؤجلاً ويحتمل ان يلزمه حالا) اذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك ان سكت لنفسه او اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل ان تلزمه حالة ذكرها ابو الخطاب وهو قول ابي حنيفة وبعض الشافعية لان التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته اياها

(مسئلة) (وان قال له علي الف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وان فسره بمغشوشة قبل وكذلك ان فسرها بمعية عينا ينقصها قبل لانه صادق وان فسرها برصاص او نحاس او مالا

الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لان غيرها لا يثبت في الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكي بمض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مهرأ لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حاجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكك

(مسئلة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال اصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار والناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنه كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من اصحاب الشافعي

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزبوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعتك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوته على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل، بحقيقته ان الدراهم ثبتت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو الواجب عليه فيفسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف الى

من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي يجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنان وسبعون لأن الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي ساهوه ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حدير جمع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيها دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وإن قال : له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبالغ المال حقيقة لا يعرف في إلا أكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فمكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغير والكبير في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبه كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهم ولم أقل بذيالك الوادي وذياك من زهد

ولكن إذا ما حب شيء تولعت به أحرف التصنيع من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لأن إطلاق الدرهم يقتضي الوزن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وإن قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة فالقول قول المالك) لأن العين ثبتت بالافرار له وإن ادعى المقر ديناً لا يعترف به المقر له فالقول قول المنكر ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به حلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أ كثر منه . وإن فسر به بأقل من ماله مع علمه بما له لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أو لا لأنه يحتمل أنه أ كثر منه بماء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أ كثر من ذلك لم يلزمه أ كثر منها لان لفظة أ كثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أ كثر منه فلوساً أو حب حنطة أو شعر أو دخن فرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أ كثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتصرف الى جنس ما أضيف أ كثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى ( كانوا أ كثر منهم ) وأخبر عن الذي قال ( أنا أ كثر منك مالا - وقالوا نحن أ كثر أموالاً وأولاداً ) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجعم جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار، واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

( فصل ) ولو قال : له علي ألف الاشياء قبل تفسيره بأ كثر من خمسمائة لان الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الاكثر فتعين حمله على مادون النصف وكذلك ان قال الاقليل لانه مبهم فأشبهه قوله الاشياء وان قال له علي معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أ كثر من نصف الالف ويخالف على الزيادة ان ادعت عليه .

بشوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بيينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكنها بيينة

( مسألة ) ( وان قال له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين ) ( أحدهما ) القول قول المقر لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبهه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي ألف ثم سكت ثم قال مؤجل

( مسألة ) ( ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه )

لانعلم فيه بين اهل العلم اختلافاً سواء فسر به بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظة بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرهما بدين عليه فعند ذلك تثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وان فسر به بدين عليه قبل أيضاً لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وان قال له عندي وديعة ردها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله . وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فان الالف المردود والتالف ليسا عنده اصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب ان يكون مردوداً . وقال القاضي يقبل قوله الا ان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أو ردها



(فصل) وان قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.  
(الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا

فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجبر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه (الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول نحاة الكوفة (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف وهذا مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا أن كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

(المسئلة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف تسع درهم وهكذا لو قال كذا كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وان قال له علي ألف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وان ادعى بعد هذا تلفه لم يقبل قوله) وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها ودیعة وإذا ادعى بعد هذا تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً لأن الوديعة عليه حفظها وردها فإذا قال له علي ألف وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي ألف وديعة لأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى اخبراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي

ولنا أن علي للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة وإن جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له اخوة فلا ماله السدس) ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً أقت اللام مقام علي كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال اسقط ولقبل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل  
 منهما درهما فصاركأنه قال هما درهمان وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة اوجه ( اجمعا ) يلزمه درهم  
 واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله  
 ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي ( والوجه الثاني ) يلزمه درهماً  
 وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة  
 منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا ههنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي ( والوجه  
 الثالث ) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليها فيلزمه بها درهم  
 والاولى باقية على ايهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي، وقال محمد بن الحسن اذا  
 قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما  
 لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد  
 وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل  
 عدد يضاف الى الواحد، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما  
 ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه  
 فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا  
 كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً

بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما اذا قال لك علي الف ثم قال كانت وديعة فتلف لم يقبل قوله فانه  
 متناقض وقد سبق نحو هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت  
 لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فالقول قول المقر له على  
 مقتضى قول الخرفي وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين  
 وتعليقهما ما تقدم، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي ههنا في أنه لا يقبل  
 قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي ادائها ولانه  
 يجوز ان تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان  
 فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو  
 قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لانه قد تعدى  
 فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة  
 وان قال علي أو عندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية  
 في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أودعني مائة فلم

لاكثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب احدى عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متاويلاً  
لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لانه قد يغصبه نفسه ويغبنه في غير المال وان  
قال غصبتك شيئاً وفسره بغصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين فجعله المفعول الاول وشيئاً  
المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول وان فسرته بمال قبل وان قل وان فسرته بكلمة أو جلد  
ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه وان فسرته بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع  
به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الافرار بالمجهول لان الافرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه  
صححت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين مثبت له بالافرار وادعى المقر ديناً لا يعترف له به والقول قول  
المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر  
له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه  
مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها سنة

أقبضها أو أقرضني مائة فلم أخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال تقديني مائة فلم  
أقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد الف اوله من هذا العبد الف طولب بالبيان فان قال نقد عني  
الفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه الفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب  
واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت أنا الفين كان مقراً بثلثه والقول  
قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو اقل لانه قد يغبن وقد يغبن وان قال اشتريته بإيجابين  
قيل له فكم اشتريته منه ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو اقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها  
وان قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه الف فان أراد ان يعطيه الفاً من ماله من غير  
ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته  
قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وان قال اردت انه رهن عنده بألف فعلى وجهين (أحدهما)  
لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية  
ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان قال له في هذا المال الف لزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالملك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان ( أحدهما ) القول قول المقر له لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما اذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة اوله علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه ( والثاني ) القول قول المقر قال افاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وابي يوسف لانه اقرب بحق في مقابلة حق له لا ينفك احدهما عن الآخر فاذا لم يسلم له ما لم يسلم للمقر له ما عليه كما اوقال لرجل بعتك هذا العبد بألف قال بل ملكته بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لان الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبد بعتك نفسك بألف فأبى العبد عتق ولا شيء للمقر لان العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لان اقراره يتعلق بالمبيع والاصل عدم القبض فيقبل قوله فيه، فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لانه فسرا اقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل (فصل) واذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتها فلا يخلو اما أن يكون اختلافاً قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له من مالي أو في مالي أو في ميراثي من أبي الف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدالي من تقبضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره وليس هو لغيره

ولنا أنه أقر بألف فيقبل كما لو قال له في مالي ويجوز ان يضيف اليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى ( ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم ) وقال سبحانه في النساء ( ولا تخرجوهن من بيوتهن ) وقال لازواج رسول الله ﷺ ( وقرن في بيوتكن ) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته فان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل، وان امتنع من تقبضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يحجز الا ان يقول وهبته وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فاقارره جائز فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه فاقارره جائز وان قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى البائع لاقاراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع يمينا لانه لا يرى اليمين في انكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاء، فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان مات بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وليس ميراثها له لانه قدمات قباه، وان كان اختلفا قبل الاستيلاء فعندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح، وان قال في ميراثي من أبي الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقربة فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فعناه ما ورثته وانتقل إلي فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً في ماله

(مسئلة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسئلة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقاراره بذلك

(مسئلة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت

ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين)

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (احداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان دعواه تكذيب لاقاراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع بينة لم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان العادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لتفي الاحتمال ويفارق الاقرار بالبينة من وجهين



على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا ترد إلى السيد لاتفاقها على تحريرها عليه  
وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقها على استحقاقه لذلك ، والأمر في الباطن على ذلك فإن  
السيد إن كان صادقا فالامة حلال لزوجها بالبيع وإن كان كاذبا فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا  
عليه إن كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنها وإن كان كاذبا فهو يستحقه مهرأ وقال القاضي يحلف الزوج  
أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف  
فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لأن عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد  
لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) يرجع إليه فيملكها ظاهر أو باطنا كإرجاع  
البائع في الساعة عند فسخ المشتري بالثمن لأن الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت  
البيع وتعود إليه ملكا (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع  
إمكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه فحسن وإن كان دونه أخذته وإن زاد فالزيادة  
لا يدعيها أحد لأن المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقر في يد المشتري  
أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، فإن رجع البائع وقال صدق خصمي ما بهته أياها بل زوجته لم  
يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها إن صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق المهر  
وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) إن العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لأنها تكون  
شهادة زور (والثاني) إنكاره مع الشهادة طعن في البيئة وتكذيب لها وفي الإقرار بخلافه ولم يذكر  
القاضي في المجرد غير هذا الوجه ، وكذلك إن أقر أنه اقترض منه ألفاً وقبضها أو قال له علي ألف ثم  
قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على  
قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين

(مسئلة) (وإن باع شيئاً ثم أقر أن المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري)

لأنه يقر على غيره ولا بنفسه البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لأنه فوته عليه بالبيع  
وكذلك إن وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) (وإن قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لأن الأصل أن الإنسان إنما  
يتصرف فيما له التصرف فيه إلا أن يقيم بيئة فيقبل ذلك فإن كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت  
من ملكي أو نحوه لم تسمع بيئته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) إذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كالإقرار بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار  
لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهها  
أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناءً عما هو بدل الاشتغال وهو أن يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذ أو استخلاصاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لا قراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضاً ليخلعها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقها استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما عتقته والمشتري يقول ما عتقته إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجعه أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع إن كان البائع يقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لا قراره ببطلان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطالحا عليه لأنه لا أحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف وبأخذه لأنه منكروا ولم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك (فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء قال رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فإنه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى أخباراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما إنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي إنساني ذكره وإن قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه لولاه وبفارقته في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز أبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه أياها وإن يعود فيها أعاره والله أعلم

(فصل) إذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزواج يسكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبائع يقر أنها صارت أماً ولدوها حر وإنه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لا قرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويخلف على نقي الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو مات خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل

الذي في يديه لمن أقر له به)

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لها في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون النكر ولا يمكن إثباته في حقها لان أحدهما منكرو ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقروا جميعاً لانه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه ولانه يقر له بما يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح ومثربك ومحيي بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ ما لا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ماسكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الاصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويخلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقها على وجوبه وإن اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحلان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يحمل على البائع يميناً لانه لا يرى اليقين في انكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلها سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاء فإن ماتت وتركته مالا فللبائع قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركته للمشتري ومقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وإن كان كاذباً فهي ماسكه وتركته كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة وميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لان أحداً لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وميراثها ليس له لانه قد مات قبله وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاء فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه اسمها كما وإما اختلفا في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على بحرهما عليه وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فإن السيد ان كان صادقاً فالامة حلال

بعض التركة كما يتعلق بجميعها فاذا هلك بعضها أو غصب تعاق الحق بياقيها والذي في يد المفسر كماله صوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق حصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشريكين ، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفعاً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بينة لم يلزمه إلا قدر حصته فاذا ثبت بالأقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لان كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركونهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه أن كان السيد صادقاً فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهرأ وقال القاضي يحلف الزوج أنه ما اشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفى الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان اليمين ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهرأ وباطناً كما يرجع البائع في الساعة عند فاس المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكاً (والثاني) يرجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من آداء الثمن مع امكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه أو دونه أخذه وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقرر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، وإن رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أو صاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجني منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كافرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين (فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره . فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط ( أحدها ) أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ( الثاني ) أن لا ينازعه فيه منازع لانه اذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر ( الثالث ) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله . ( الرابع ) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذا فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعهما إلى الزوج عوضاً لخلعهما صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ، ويكون ولاؤه موقوفاً لان أحداً لا يدعيه فان البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان أحداً لا يدعيه سواء لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لاحدهما ولا نعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان ( أحدهما ) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لا يدعيه ويحتمل ان يكون لبيت المال على كل حال

( فصل ) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر انه ليس له عنده عبد سواء فان رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه وان قال المقر له صدقت والذي أقررت به آخري عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على الآخري



فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأذكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لوعاد فجدد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشروط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهم لم يثبت النسب باقرارها لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو اختاً أو أما أو ذافرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت وأخت وزوج ثبت النسب بقولها لانها يأخذان المال كله، واذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث اكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شاركت المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابل من عمرو او غصبت من زيد وملكته لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو

اذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويغرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعصه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر قال ثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل او منفصل .

﴿مسئلة﴾ (وان قال ملكه لعمرو وغصبت من زيد فهي كالمسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويغرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الي زيد فكذلك على ماضى من القول فيه

﴿مسئلة﴾ (وان قال غصبت من أحدهما أو هو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً .  
 ( فصل ) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب باقراره لانه لا يحوز الميراث كله فإن بلغ الصبي أو أفلق المجنون فأقرا به ايضاً ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وان أنكر لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه وجد الاقرار من جميع الورثة فإن المقر به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالعين عاقلين فأقر به احدهما وانكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة فأشبهه ماله واقرا به ابتداء بعد موت اخيه وكما لو كان شريكاً في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه أنكر . بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما اذا كان شريكاً غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواء أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منها وجهاً واحداً لانه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فإذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالموروث وان خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان ادعاه ولا يغرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا أعرف عينه فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيه وان كذبا فعليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة أفرعنا بينهما فن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه ، وان بين انغاصب بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما انه لم يغصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعاً فسلمت الى احدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاه وحده

( فصل ) وان كان في يده عبدان فقال احد هذين لزيد طوبى بالبيان فاذا عين احدهما فصدقه زيد اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين . وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مال له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه ، فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طوبى بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين ( المغني والشرح الكبير ) ( ٤٢ ) ( الجزء الخامس )

(فصل) واذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ اقربان للميت وأخ من اب أقر باخ من ابوين وابن ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس ابن سريج، وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن توريثه يفضي إلى إسقاط توريثه فسقط بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل إقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدى توريثه إلى إسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (بوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو يرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث بحجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الارث لا ينعم صحته بدليل أن الابن إذا أقر باخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله ههنا فانه إن كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وإن أقر له فهو كتعيينه

(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لابل لعمرى أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعى عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرى، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ (وان أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الفان كما لو قال له علي ألف وألف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً وشعيباً وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الأخرى كذا ههنا لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (وان أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه الفان)

وكذلك إن قال ألف درهم سود وألف درهم بيض لأن الصفة اختلفت فهما متغايران

﴿مسألة﴾ (وان ادعى رجلان داراً في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها

فالمقر به بينهما نصفان .

بقول الآخر كما لو كانا ابنين احدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للعقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لما يقال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر للنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولانه اقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وأما ثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي ثبت به (فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وان تكاذبا ففيهما وجهان (احدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان احدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الآخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت الى

وجملة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكاها بسبب الاشتراك مثل ان يقولوا ورثناها وابتعناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لهما جميعاً لانهما اعترفا ان الدار لهما مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفا بالاشتراك ، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف الآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة فثبت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له ، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به . فان لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته للملكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكار المنكر منها سواء تجا حداً معاً أو جحد أحدها صاحبه لانتا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان ولو اقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر لانهما لا يفترقا في النسب، وان اقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لانه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يحجده أحد فأشبهه ما لو انفرد ويحتمل أن لا يثبت لان أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منها ثلث الميراث سواء قلنا بشيوع النسب أو لم تقل لانه مقر به

(فصل) اذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودفعت اليه ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فان خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لايه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولاصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لان الزوجية زالت بالموت وانما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء لها، وان كان للميت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لان الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف اخا من اب واخا من ام فيقر الاخ من الام باخ للميت فلا شيء للمقر به سواء اقر بأخ من ابوين أو من أب وأمن أم لان ميراثه في يد غير المقر، وان اقر بأخوين من ام دفع اليها ثلث ما في يده

(مسئلة) (وان قال في مرض موته هذا الالف لقطعة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلثه)

قال أبو الخطاب اذا لم يكن له مال غيره لانه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لان أمره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقراراً منه لغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها

آخر فأقر له فهي للاول ويغرمها للثاني)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه او قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لانه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإلما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ماله الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رعى به في البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وان أقر بها لهما معاً فهي بينهما) اتساويهما في الدعوى والاقرار لهما



لأنه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين وكذلك إن شهدا على إقرار الميت به وإن كانا متهمين كإخوين من أم يشهدان بأخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لأن ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا بأخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لأن ثبوت نسبه يسقط أخيه فيذهب العول من المسئلة فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث وثم وارث غيرهما لم يثبت النسب إلا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما بينة. ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالأول واحد وفارق الشهادة لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية والإقرار بخلافه (فصل) إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه منهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا يرثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وإن أقر لأحدهما وحده فهي له ويخلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وإن نكل قضي عليه بالنكول) لأن النكول كالإقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك إذا نكل عن اليمين (مسئلة) (وإن ادعى رجل على الميت مائة دينا فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فإن كان في مجلس واحد فهي بينهما وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني) وجملة ذلك إن الميت إذا خلف وارثاً وترك تركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فإذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الإقرار واشتركا في التركة لأن التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وإمكان التسخ فيه ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الإقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الأول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره وقال الشافعي يقبل إقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبول فكذلك الوارث ولأن منعه من الإقرار يفضي إلى إسقاط حق الغرماء لأنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولأن من قبل إقراره أولاً قبل إقراره ثانياً إذا لم تتغير حاله كالموروث.

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وما ذكره يطالب ما اذا كان المقر به حياً موسراً أو المقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لأنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه ولم يوجد وبجواب عن هذا بأنه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدق حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب واذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلاناً زوجها فلم يصدق المقر به الا بعد موته ورثته لأنه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) واذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فآقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان؟ فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لأن النسب بينهما لم يثبت لمان كان اسكلاً واحداً منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لأنه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) واذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل إنكاره لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت بينة أو بالقرائن وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل يتعلق به حق غيره تعلقاً يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كاقراء الراهن بجناية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وان أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلزم قضاء الدين

(مسئلة) (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدق أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لأنه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولأنه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار

(مسئلة) (الا أن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وانما لزم المقر نصف المائة لأنه يرث نصف التركة فيلزمه نصف الدين لأنه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولأنه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بينة أو باقرار الميت

أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول  
أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب يحتاط لاثباته  
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج  
فقبل يقبل اقرارها على روايتين أحدهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقرب به والحاقا  
للعار به بولادة امراته من غيره (والثانية) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل  
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة او نسب معروف فلا بد من  
ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر  
انه لا تخفى عليهم ولا دعتهم ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبهم ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان  
النسب يحتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم  
المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطئها والنسب يحتاط لاثباته  
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها  
ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجة أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابنين وعبدین متساوي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعتق  
هذا وقال الآخر بل أعتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه  
ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من هو  
منهما أقرع بينهما فان وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتقه كاملا وان وقعت على  
الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء)

هذه المسئلة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته  
عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال  
(أحدها) أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجزأ عتق جميعه  
فيعتق (الثاني) أن يعين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل  
واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك  
الثلث ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو  
السدس ونصف العبد الذي يشكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما تقوم  
القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولها وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كالمولم تكن عروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجب

(فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لازوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فإقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين احدهم ثبت نسبه وحرية ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال كان نكاح فعلي الوالد الولاء لانه قدمه رق والام وولداها الآخران رقيق قن وان قال استولت بها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فإخوانه ابناء ام ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالاكبر قن والا صغر له حكم امه . وان عين الأصغر فأخوانه رقيق قن لانها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخوانه مملوكان . وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم ببيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة . وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منها عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه ويصير ثلث كل واحد من العبدین حرّاً ( الرابع ) أن يقولاً أعتق أحدهما ولا ندري من منهما فانه يقرع بين العبدین فمن وقعت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

( فصل ) فان رجع الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

### ﴿ باب الاقرار بالمجمل ﴾

( اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له نسر فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا )  
وجملة ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لو عينه في إقراره .

( فصل ) وإذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح إقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لاحداهما زوج دون الأخرى انصرف الإقرار الى ولد الأخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وإن لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئها صارتا فراشاً ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولد بعد بوطئه وإن أمكن في احدهما دون الأخرى انصرف الإقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وإن لم يكن أقر بوطئه واحدة منهما صح إقراره وثبت حرية المقر به لانه أقر بنفسه صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فالحقه نسبه ، ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لان المرجح في ذلك اليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وإن قال في نكاح فعلي الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علقت بمملوك وإن قال بوطئه شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علقت به في غير ملك ، وإن ادعت الأخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبهه مالهو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت ايضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولان المدعي اذا لم يصحح دعواه فله داغ الى تحريرها والمقر لا اداعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعلنا كلاً يؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له ان ينث وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان ينث وإلا أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه ممتنع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتى عينه المدعي وادعاه فنسكل المقر فهو على ما ذكره فان مات من عليه الحق أخذ وارثه بمنزلة ذلك لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت تركته فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركته كما لا يلزمهم في حياته ، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في إقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندي ان أبي الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حائف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما اذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك اذا حلف أن لا يعلم كالوارث

( مسألة ) ( وإن فسر به بحق شفعة أو مال قبل وإن قل وإن فسر به بمال كقشر جوزة أو ميتة أو

( الجزء الخامس )

( ٤٣ )

( المغني والشرح الكبير )



عق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامه وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحمال (والثاني) يعتق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه اقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يعين عرض على القافة فان ألحقت به احدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها. وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لانا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجى ان يكشفه وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسمى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سماتيهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق ان شاء الله تعالى.

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك ان اقر بدين على آبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجملة ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف فعله ويتعلق ذلك بركة

خبر لم يقبل وان فسر به بكتب أو حد قذف فعلي وجهين) متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسر به بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسر به بما ليس بمال في الشرع كالحجر والميتة، وان فسر به بكتب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسر به بكتب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لانه شيء يجب رده وتسليمه اليه فالإيجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسر به بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده، وان فسر به بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاوّل أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسر به برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتسميته اذا عطس لما روي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويثبت عطسته ويحجب دعوته»

﴿مسئلة﴾ (وان قال غصبت منه شيئاً ثم فسر به بنفسه أو ولده لم يقبل) لان الغصب لا يثبت عليه

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركته لم يلزم الوارث بشيء. لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً وإن خلف تركته تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً فخسكه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قولي، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجم إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه الممكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشراكة ولأنه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

وإن أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وإن فسر بما ليس بمال مما ينتفع به قبل لان الغصب يشتمل عليه كالكلب وجلد الميتة لأنه قد يقره عليه، وإن فسر بما لا نفع فيه أو مالا يباح الاتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه.

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار كالمكيل والموزون ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الأخبار به والأخبار عنه (فصل) وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول لان الإقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنان وسبعون لأن الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نفعا

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولوا ورثناها أو ابتعناها معا فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لها جميعاً لأنها اعترفاً أن الدار لها مشاعة فإذا غضب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فاقر لأحدهما ادعاء لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنها لم يعترف بالاشتراك فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة فيثبت لمن يقبله، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعها لم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الانسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولاً لأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لأنه أقر به لمن لا يدعيه (الثاني) يزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لما أسكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا

(لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحجة لاتسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حد يرجع في تفسيره إليه ولانه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً لمقر نفسه ودناءتها واما ما ذكره فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكره كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف الى ذلك وقال تعالى لم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيما اذا قال عظيم جداً او عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وان اقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكى بعض اصحاب مالك عنه ثلاثة اوجه الاول كقولنا والثاني لا يقبل الا في اول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والثالث ما يقطع به السارق ويصح مراً لقول الله تعالى (ان تبغوا بأموالكم)

## ﴿مسئلة﴾ قال ( وكل من قات القول قوله فالخصمه عليه اليمين )

يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال ودبيعة أوقال علي ثم قال ودبيعة أوقال له عندي رهن فقال المالك ودبيعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشبه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهار أو الذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه

( فصل ) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجز المستأجر ثم أنكر ذلك وسال أحلاف خصمه ففيه روايتان ( إحداهما ) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كالأقرار المضارب أنه ربح الفأثم قال غلظت ولأن الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال أحلفوه لي مع يمينته لم يستحلف كذا ههنا ( والثانية ) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الاقرار البينة لوجهين ( أحدهما ) أن العادة جارية بالاقرار بالقبض ولم تجر

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة ودرافاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه وأما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى ( في أموالهم حق ) لم يرد بها الزكاة لأنها نزلت بمسكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى ( أن تبشروا بأموالكم ) والزواج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب

## ﴿مسئلة﴾ ( وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا )

أما إذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع، وان قال له دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة أيضاً وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الغنى ونجى الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعاً ولا لغة ولا عرفاً وتختلف بالأوصاف وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقرر أراد كثرة بالنسبة إلى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

## ﴿مسئلة﴾ ( وان قال له علي كذا درهم أو كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم )

لأن تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لأن كذا يحتمل أن يكون جزءاً

العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور (والثاني) أن إنكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرّد غير هذا الوجه، وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفاً وقبضها أوقال له عليّ ألف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين، فأما أن أقر أنه وهبه طعاماً ثم قال ما أقبضتكم وقال المتهم بل أقبضتني فالحكم بقبضه لأن الواهب لا الأصل عدم القبض، وإن كانت في يد المتهم فقال أقبضتني فقال بل أخذتها مني بغير إذنني فالحكم بقبض الواهب أيضاً لأن الأصل عدم الاذن وإن كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما العيين لما ذكرنا

(مسئلة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة إذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكي أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل لأنه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً إلى درهم ويرجع في تفسيره إليه إذا فسره بذلك لأنه محتمل

(مسئلة) (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوباً على التمييز

(مسئلة) (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لأن الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لأنه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير إلى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهماً) إذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الأولى فإذا قال له عليّ كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له عليّ كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجبر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهماً بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين

(الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه يجوز أن يكون أسقط حركته



عطيته بخلاف الثلث فادون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة بحقه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الأقرار للوارث لانه متهم فيه على ما سئذ كر.

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيئته او قرار في صحته وفي المال سعة لها فهما سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الحرقي انها سواء وهو اختيار التيمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذكرا أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لانهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يخص احدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيئته، وقال أبو الخطاب لا يحاص غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص أحمد في المفلس انه إذا اقر وعليه دين بيئته يبدأ بالدين الذي بالبيئته وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه اقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيئته كغريم المفلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الأقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيئته كالذي أقر له المفلس، وإن أقر لها جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منها لانهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

الجبر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجبر والوقف

(المسئلة الثانية) (إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولانه اذا قاله بالجبر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه لا يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التيمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهماً يعود التفسير الى العشرين كذا ههنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على إيهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول التيمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهماً لزمه عشرون درهماً لانه أقل

﴿مسئلة﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي وبجي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالمذهبيين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فافر لا بنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعها، ولنا أنه ايصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهيته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فان هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أودونه صح في قولهم جميعاً لأنهم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لانه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين ببينة فافر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فافر له بضمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عددًا يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وإن قال كذا درهم بالجزم لزمه مائة لانه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف رجع في تفسيره إليه فان فسر به باجناس قبل منه) لانه يحتمل ذلك

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثوب أو فرس أو درهم

وألف أو دينار وألف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الألف إليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) ولان الألف مبهم فيرجع

ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبهه ما لو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم يبينها، وفارق ما إذا صح من مرضه لأنه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد لا يجوز وهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في صورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير

في تفسيره إلى المقرر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له، وإن عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما ثبت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهماً

ولنا أن العرب تكسفتي بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهماً مع تفسير لم يتم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً، يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره بوجوب حمل الأمر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشراً فإنه امتنع أن تكون العشرة أشهراً لوجهين (أحدهما) أن العشرة بغير هاء عدد المؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الألف مبهمة قلنا قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة للكلام المقرر عن الالباس والابهام وصرفاً له إلى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهماً والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر، فاما أن لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكور

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط  
وإذا أقر لوارث وقع باطلا لاقران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه اقرار لوارث فلم يصح كما لو  
استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانها عطية بعد الموت  
فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي ويحتتمل أن  
لا يصح في حق الأجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطات شهادته في السكك وكما لو شهد  
لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة إن أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار  
لهما وإن جردها صح له دون الوارث، ولنا أنه إقرار لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما  
لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الأجنبي الشركة، وبفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه  
العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب مؤسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على ابهامه كما لو  
قال له أربعة دراهم وعشر

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف وخمسون درهماً أو خمسون ألف درهم فالجميع دراهم)

ويحتتمل على قول التميمي أن يرجع في تفسير الألف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك  
أن قال ألف وثلاثة دراهم أو مائة ألف درهم والصحيح الأول فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً  
لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (إن هذا  
أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث  
وستين سنة وقال عنقرة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة \* سوداً كخافية العراب الاسحم

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله ولأنها  
تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حملها على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة  
دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس المفسر لو قال بعثك هذا مائة  
 وخمسين درهماً أو بخمسة وعشرين درهماً لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه وإن قال علي ألف  
درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم لأن العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس

﴿مسئلة﴾ (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الألف مبهماً

يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي)

لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه في الألف مبهم والدرهم لم يذكر

تفسيراً له فبقى على ابهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت بإقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لوارث فأشبهه الإقرار له بمال والاول أصح لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه ههنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب نصيبه عتق ولم يرثه لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الارت فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسئلة قبلها .

(فصل) ويصح الإقرار من المريض بإحبال الأمة لأنه يملك ذلك فملك الإقرار به وكذلك كل ماله ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات إلا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد ساموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يستل عن المستثنى فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرها ينظر في المستثنى أن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يطل في الأصح (فصل) وإن قال له تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم ولا أعلم فيه خلافاً وكذلك إن قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

(مسئلة) (وإن قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينها رجع إلى تفسير نصيب الشريك إليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا .

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس إطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا وإن قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

(مسئلة) (وإن قال له علي أكثر من مال فلان قيل له فسر فإن فسره بأكثر منه قدراً قبل وإن قال أردت أكثر بقاء ونفعاً لأن الحلال أنقع من الحرام قبل قوله مع يمينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما إذا فسره بأكثر منه قدراً فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه وتفسير الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولو حبة حنطة، ولو قال ما علمت لفلان أكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه



أم ولد تعتق من رأس المال وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وإن قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وإن لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية فيعمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل انها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولدان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال : له علي الف ، أو قال : له لي عليك الف ، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى ( هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم ) وإن قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى ، كان اقراراً صحيحاً ، لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى ( أأستبرئكم قالوا بلى ) وإن قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب وإن قال اقضني الف الذي لي عليك قال نعم ، كان مقراً به لانه تصديق

اكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً يملك ما يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه اكثر منه وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل ، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لانه لا يحتمل انه اكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الزمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه اكثر منها لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى ( كانوا اكثر منهم ) وأخبر عن الذي قال ( أنا اكثر منك مالا ) وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً ) والافرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجمع حياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الافرار واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(مسئلة) (ولو ادعى عليه ديناً فقال لفلان علي أكثر مما لك ) وقال أردت التهزيء لهما لزمه ويرجع في تفسيره اليه في أحد الوجهين

وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقر به لفلان ويجب للمدعي حق لان لفظه يقتضي أن يكون له شيء ، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز أن يكون أراد حقه علي أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادعاء ، وان قال اشترع عبدي هذا أو اعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقرأً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته . ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي ألف إن شئت أو إن شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لأنه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي الف إن شهد بها فلان أو ذلك لان

( فصل ) اذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسين لأن الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيعين حمله على ما دون النصف ، وكذلك ان قال إلا قليلاً لأنه بهم فأشبه قوله إلا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة ان ادعت عليه

( فصل ) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينها وان قال من درهم إلى عشرة ففيه ثلاثة أوجه ( أحدها ) يلزمه تسعة وهذا يحكي عن أبي حنيفة لأن من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لا انتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى ( ثم أتموا الصيام إلى الليل ) ( والثاني ) يلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتي قبلها .

( والثالث ) يلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره ، وان قال أردت بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

( مسألة ) ( وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهمين أو درهم بل درهمان أو درهمين بل درهم لزمه درهمان ) اذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لأن هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر إليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتفويضاً الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صايئنا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاحهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها و مشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الامر على وجودها ، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً وان قال بعثك ان شاء الله تعالى أو زوجتك ان شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم ان شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بعثك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء ، وقال أبو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص .

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة الدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهماً واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا ، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير

﴿مسئلة﴾ ( وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان )  
وهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة  
ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتهما كما لو قال انت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صفار أو مؤجلة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيان انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان دلي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وإن قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بمدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

( فصل ) وإن قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وإن قال لا أنكر لم يكن اقراراً لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما وإن قال لا أنكر أن تكون محققاً لم يكن اقراراً لذلك وإن قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

إذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأكيـد

( مسألة ) ( فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما أقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل وجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما ولما انه نفي الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين .

( مسألة ) ( وإن قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجهين ) ذكرهما أبو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، وإن كان للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة ( والوجه الثاني ) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولا نالو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقراً لانه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو بطلان دعواه وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقراً لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولانه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعم في ذلك خلافاً لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز خطبة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بها ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة، اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد التقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت في عشرة لي لزمه درهم لانه يحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمتنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وجهان)

(أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في منديل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقراً بها وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال الغصب فصار كانه قال غصبت ثوبا ومنديلا



بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم وان قال له علي الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فقال اصحابنا الاول اقرار والثاني ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس باقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد الحل فلا يبطل الاقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينها لان تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

ولنا أنه يحتمل ان يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في منديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها **(مسألة)** (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقربهما)

لان الفص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجهين فيكون مقراً بالخاتم وحده، وان قال فص في خاتم احتمل وجهين، فان قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بنفسه لان اسم الخاتم يحجمهما وكذلك ان قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا . (فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ذكرناها وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لان العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول

**(مسألة)** (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره اليه) لان أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لهما فان قال له علي إما درهم وإما درهم كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

## كتاب العارية

(مسئلة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الانتفاع بعين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول اعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويمنعون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود.

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعاً. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «اعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم ردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره.

## كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول اعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الانتفاع بعين من اعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ويمنعون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال أغصباً يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود.

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعاً، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول أكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم ردها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ « اذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي ﷺ انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما اذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا ان تطوع شيئاً » او كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراعى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير او لم يتعد روي ذلك عن ابن عباس وابي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وان شربة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولانه قبضها باذن مالئها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » يدل على انها امانة لقول الله تعالى ( ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها )

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ما اذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها ؟ قال « لا، الا أن تطوع شيئاً » او كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراعى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جائز التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتتعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعزتك هذا « أو يدفع اليه شيئاً ويقول أجتك الاتفاق به أو خذ هذا فانفع به أو يقول أعزني هذا أو اعطني أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشبه هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿مسئلة﴾ ( وهي هبة منقعة تجوز في كل المنافع الا منافع البضع )

تجوز اعارة كل عين ينفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعييد والجواري والدواب والسيارات والحلي للباس والفحل للضراب والسكب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار ادراجا وذكر اعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاشياء

فكان مضمونا كالمغاصب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الحيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط في الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حفص العكبري يسقط ، قال أبو الخطاب أوما إليه أحمد وهو قول قتادة والعنبري لانه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري أنها لا تضمن إلا ان يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ **لضفوان** بل عارية مضمونة

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ أخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجبا للضمان مع الاذن فيه ، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك المالك ولا يملك الاذن فيه . (فصل) وإذا انتفع بها ورد لها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها ، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمقصود ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك ابحاثه اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فان استعارها لينفقها فهو قرض وهذا قول اصحاب الرأي ، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئا ولنا ان هذا معنى القرض فان عقد القرض به كما لو صرح به . فأما منافع البضغ فلا تسبىح بالبذل ولا بالاباحة اجماعا وأما ما يباح بأحدثين الزوجية وملك اليمين قال الله سبحانه ( والذين هم لقروجهم حافظون \* الأعلى ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين \* فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ) ولان منافع البضغ لو ابيحت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفقها له والزاني مثلها

**(مسئلة)** (ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكينه من استخدامهم فلم تجز عاريتهم لذلك ولا تجوز اعارة الصيد المحرم لانه لا يجوز له امساكه

**(مسئلة)** (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرما)

ان كان يخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عايتها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتبهى مثلها وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرما لعدم ذلك ، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يعصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبد لامرأ أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يعصرها ونحو ذلك لانه اعانة على المحرم

**(مسئلة)** (واستعارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

وجهاً ( أحدها ) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مفصولة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء ( والثاني ) لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكذا لو أذن في اتلافها صريحاً، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الاتفاق فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فانت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعتها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فلنأخذها حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها فإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً يلبسه فحمل فيه ثراباً فإنه يضمن نقصه ومنافه لأنه تلف بتعديده وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عابها ووقوع زار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عابها يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه. ( فصل ) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل

﴿مسئلة﴾ (وللمعير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشيء يستنصر المستعير برجوعه ) تجوز العارية مطلقه ومؤقته لأنها اباحة فأشبهت اباحة الطعام والمعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقه أو مؤقتة وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لأن المعير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر ولنا أن المانع المستقبل لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده ولأن المنافع إنما تستوفي شيئاً فشيئاً فكذلك استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فالعبد الموصى الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف لعلمه لأنه اباحة فكان لمن أيسح له تركه كإباحة الطعام

﴿مسئلة﴾ (فإن أذن له في شغلها بشيء يستنصر المستعير برجوعه فيه لم يحز له الرجوع ) لما فيه من إضرار بالمستعير مثل أن يعيره سفينة لحمل مناعه أو لوحاً يرقم به سفينة فرقعها به ولجج في البحر لم يحز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

﴿مسئلة﴾ (وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)



في الضمان ولا فائدة المستعير فيه فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولدا المنصوبة إذا كان منصوباً فلا أثر لكونه ولداً لها .

( فصل ) ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء النالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ( فصل ) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالمنقوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة .

ولما أنه لم يردها إلى مالسكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها إلى من جرت عادته بحريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المردع إلى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت ربهما قاله ابن البناء (مسئلة) (وان أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز اعارة الارض للغراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم ين عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يحجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا أدفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قاعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة (مسئلة) (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بالآلة أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الحشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الحشب والحائط بحاله

(مسئلة) (وان أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد الا ان يكون مما يحصد قصيلاً فيحصده) اذا أعاره أرضاً للزرع فله الرجوع ما لم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع لملكه فليكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه » وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لم يرد الى موضعه كالمقصود .

( فصل ) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع وتعمد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أجتك الاتفاق به أو أخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني هذا أو أعطني أركبه أو أحمل عليه ويسلمه اليه وأشياء هذا لانه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف

( فصل ) وتجوز إعاره كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالنور والعمارة والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للباس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدرعا . وذكر إعاره دلوها وخفها . وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك لإباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولانها أعيان تجوز إيجارها فجازت إعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فان استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل لبس هذا جائزا ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً ، ولنا أن هذا معنى القرض فانه قد قرض به كما لو صرح به

( مسألة ) ( وإن أعارها للغراس والبناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع ) لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » حديث صحيح ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالآثار الضرر الداخلة عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً فاما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والالم يلزمه لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

( مسألة ) ( وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المعير النقص )

فاذا لم يشترط المعير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لزمه لانه رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان اختار أخذ بنائه وغراسه فانه يملكه فملك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر

( مسألة ) ( فان أبنى القلع في الحال التي لا يجبر عليه فيها فبذل له المعير قيمة الغراس والبناء ليملكه أجبر المستعير عليه )

كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فان قال المستعير أنا أدفع قيمة الارض لتصير لي لم يلزم المعير لان الغراس والبناء تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كنهه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لسكافر لانه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة الصيد لمحرم لانه لا يجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرمها، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يهوي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها أو نحو ذلك، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامها فكره استعارتهما لذلك (فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لانها اباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجهالة لما تؤثر في العقود اللازمة فاذا أعاره شيئاً مطلقاً أيسح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررها فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل اذا في الكثير وان استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف فان ضرر الغراس في باطن الارض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في احدهما اذا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو اقل ضرراً منها كالشعير والبالا والمدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يغره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يغره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبعية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا تغرس بمد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرام بقلع) لان العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم «ليس لعرق ظالم حق» مفهومه أن العرق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان اتفق على البيع بيعت الارض بغراسها وبنائها ودفع الى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أيبا البيع ترك بحاله) وقلنا لما انصرفا فلا حكم لهما عندنا

(مسئلة) (وللمعير النصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجملة أن المعير النصرف في أرضه ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالغراس والبناء ولا ينفع بهما «وللمستعير الدخول للستي والإصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجم في الاذن له

وليس له زرع ماهوا أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى وكذلك ان اذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا اختص بشيء لم يتجاوز.

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يغيره غيره وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مامله فجاز كما للمستأجر أن يؤجر قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك إذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يحز أن يبيعها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما بيع ما يختص به مع الملك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع قال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان المعير اخذه منه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) ( ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل )

الا فيما اذا استعار ارضاً فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وانما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا ، وفيه وجه آخر انه لا يجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه اكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) ( وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه )

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة تبسح الانتفاع مالم ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المعار ارضاً لم يكن له ان يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب الغصب

أن يطالب من شاء منهما لأن الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غير الثاني ودفع اليه العين على انه يستوفي منافعتها بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً او مدة جازلان الحق للمالك فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضماناً وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما اذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر العواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان إيجارها جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا يجوز إيجارته كالكلب للصيد، فان استعارها الى موضع فجاوزته فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبهه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن اليمين على المدعى عليه» (مسئلة) (وان حمل السيل بذرا الى أرض فثبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ملكه حصل في ملك غيره بغير اذنه فأشبهه مالو انتشرت اغصان شجرته في هواء ملك غيره

ولنا ان قلعه اتلاف للمالك على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه أشبه ما اذا باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه والاول أولى لان الزامه



العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لان الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع ، ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي في أحد قولي به بصير ضامناً له في رقبة عبده لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو للمالك العين، وان عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلاته لان العارية تتمين بالتعيين فان خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك اذا أذن له في محل خالفه فيه لانه اذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وان أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال يده وبين عبده الى أجل لم يصح ، وان رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لان من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وان رهنه بأنقص منه جاز لان من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفاً فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمان فاشترى بدونه والمعير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لان للمعير الرجوع في العارية متى شاء وان حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه في الدين لان ذلك مقتضى الرهن فاذا بيع في الدين أو تلف رجح السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها

تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل للملك بغير اختياره فلم يجز كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره علماً، ويفارق بيعتها لان ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئتنا ويكون الزرع ممالك البذر لانه عين ماله ويحتمل ان لصاحب الارض اخذه بقيمته كررع الغاصب على ما نذكره والاول أولى لانه بغير عدوان وقد امكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان احب ما لكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

﴿مسئلة﴾ (وان حمل السيل نوى غرس رجل فثبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو ملك النوى) لانه من ثمار ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لان ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب ؟ على وجهين ( احدهما ) يكون كغرس الغاصب لانه حصل في ملك غيره بغير اذنه ( الثاني ) كغرس الشفيع لانه حصل في ملك غيره بغير تقريظ منه ولا عدوان .

( فصل ) وان حمل السيل ارضاً بشجرها فثبتت في أرض آخر كما كانت فهي للمالك يجبر على ازالته كما ذكرنا وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجره ولا غيره لانه حصل بغير تقريظه ولا عدوانه وكانت الخيرة

وان تالف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير تعد ، وان استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدها لم تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) ونجوز العارية مطلقة ومؤقتة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء . واء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بنير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده ، وأما العبد الموصى بخدمته فلموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا ، ونجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف فعلمه لانه إباحة فكان لمن أيسح له تركه كإباحة الطعام .

( فصل ) وإذا أطق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع وإن وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالأذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

( فصل ) قال رضي الله عنه ( حكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر )

لانه ملك التصرف بقول المالك وأذنه فأشبهه المستأجر لانه ملكه بأذنه فوجب ان يملك ما يقتضيه الاذن كالمستأجر فعلى هذا ان اعاره للغراس والبناء فله ان يزرع ماشاء وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن وان استعارها للغرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف ، وكذلك ان استعارها للزرع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في الاجارة وكذلك ان أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فأنقلعت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوزه .

( فصل ) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده . وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه . ( فصل ) وليس له أن يرهنه بغير إذن مالكة ، وله ذلك بأذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقة عبده في أحد قولي لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضامن

المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الغاصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام النصب لأنه عدوان .

( فصل ) فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثاثه ضرر بالمستعير لم يجوز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجوز له الاضرار به مثل أن يعيره لوحاً يرفع به سفينته فرقعها به ولجس بها في البحر لم يجوز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها قله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما يجوز إعاره الأرض للبناء والفراس وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه لأنه لا ضرر فيه . فإن بنى عليه لم يجوز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء . وإن قال أنا أدفع اليك أرضاً ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لملك العين .

( مسألة ) ( والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وان شرط نفي ضمانها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد ) روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق ، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضها باذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة ، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى ( إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بل عارية مضمونة ، وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفعه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف فكان مضموناً كالمغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المتنافع والأجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بأنه أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الحسب والحائط بحاله ، وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن ذلك نص عليه أحمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي ، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعها فإذا غرس ونى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبهه ما لو لم يبن في الأرض شيئاً ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لانه ملكه فملك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لان المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعيرها ، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه لانه رجوع في العارية من غير اضرار ، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لان الغراس تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعهما وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لان المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه

(فصل) وان شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العسكري يسقط قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وبه قال قتادة والعنبري لانه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك اذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا ان كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الأمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذا لا ينقصد موجباً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه (فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان كانت أقل ضمها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمها بمثلها ان كانت مثلية

(مسألة) ( وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه لان مقتضى العقد كونه أمانة فإذا شرط ضمانه فقد انترم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه بني وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبعية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له لا تغرس بعد هذه المدة فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يعلق لان الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالابقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فعند ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض غير مغروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا ولم تساوي مغروسة ومبنية فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثلث والمستعير ثلثه وان امتنعا عن البيع بقيا على حالهما ولمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحيه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتخرج لانه قدر جع في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ملكه فيه غير مستقر بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

مالك وما كان مضموناً لا يفتي ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فاذا شرط نفي ضمانه لا يفتي مع وجود سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه  
(مسئلة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين)

وجملة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمنه جملته تضمن أجزاؤه كالمغصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمغصوب ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وقارقاً ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فانه يضمن منافعها فان قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل



شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المعير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقضي الاتفاع بغير عوض .

( فصل ) واذا استعار دابة ليركها جاز لان اجارها لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازاها فيما لا تجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الاجرة لزيادة خاصة فاذا استعارها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كن استعار ثوبا ليلبسه فحمل فيه تراباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديده وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه

( فصل ) ولا يجب ضمان ولد العارية في أحد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المغصوبة والاول أصح فان ولد المغصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوباً وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه ( مسألة ) ( وليس المستعير أن يعير ) وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لاحد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليني فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرّد قولاً لاحد وقال أصحاب الرأي اذا استعار ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعيرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية لإباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كما إباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعرتكها إلى طبرية وقال المستعير أعرتها إلى القدس فالقول قول المالك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ «اكن اليمين على المدعى عليه»

(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما لسه أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غرم بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه، قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلفت فالقيمة تستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن المعير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه، وان نقصت العين بالاستعمال انبني على ضمان النقص فان قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة وان قلنا هو على المعير فهو كالاجر على ما ينه.

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره فثبت فيها لم يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يجبر على ذلك اذا طالبه رب الارض به لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره. ولنا أن قلعه اتلاف للمالك على ملكه ولم يوجد منه تفریط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أو قتلها فانتا لا تجبره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره الانتفاع على كل وجه فذلك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبه من أبيسح له أكل الطعام. فعلى هذا ان أعار فلانك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منها لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاء بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعتها بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيها شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد.

(مسئلة) (وعلى المستعير مؤنة رد العارية)

لقول النبي ﷺ «العارية مؤداة» وقوله «على اليد ما أخذت حتى ترده» قال الترمذي هذا حديث حسن، ويجب ردها الى المعير أو الوكيل في قبضها ويرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه او الى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد الموارى في العادة يكون الى املاك اربابها فيكون مأذوناً فيه عادة.

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لانه حصل في أرض غيره بغير تفریطه فأشبهه ما لو باتت دابته في أرض انسان بغير تفریطه وهذا بعيد لان الزامه ببقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع إضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يحجز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره علماً . ويفارق مبيتها لان ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ما سنده لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه ما لو زرعه ماله والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان أحب ماله قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الارض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبهه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى فثبت شجرة في أرض غيره كالزيتون والتخيل ونحوه فهو للمالك النوى لانه من ثماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كإعصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكها وان حمل السيل أرضاً بشجرها فثبت في أرض آخر كما كانت فهي للمالكها يجبر على ازالتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تفریطه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء اخذته لنفسه وان شاء قلعه

ولنا انه لم يردّها الى مالكها ولا نأثبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ما ذكر  
(مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطيال المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته  
بحريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه ، وان ردها الى زوجته المتصرفه في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها الى امرأته لم يضمها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً  
(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما اكبه أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجح على المعير بما غرم لانه غره بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجره عليه وان ضمن المعير لم يرجح على أحد لان الضمان استقر عليه قال احمد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسنده لانه في النصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلف فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والبهيمة قائمة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرمتكها

( فصل ) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكرتيتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لمثلها اجر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالمالك في عين فقال المالك بعثتها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليهما ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره يبطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل ، وان كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر قالوا كذب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

( مسئلة ) ( وان كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها ) حكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالمالك في عين فقال المالك بعثتها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليهما ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره يبطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر ( مسئلة ) ( وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها على وجهين )

(أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل والاول اصح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير يمينه وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له إلا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها وامامنا في القول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضي مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاعارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فاذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لمثلها أجر وتلف البهيمة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منها أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في البين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك اكثر مثل ان كانت قيمة البهيمة اكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء اكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في صورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبها وقال الراكب بل أعرنتها فان كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قاعة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الدابة تالفة لان

عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجزتني فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانساب من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها اجرة والبهيمة تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة اذ لا فائدة في البين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة



القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر  
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك « وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول  
قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق  
فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على ان المنافع ملك للراكب  
وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول  
المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وان قال المالك غصبها وقال الراكب  
أجر تذيها فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر  
المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد  
بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك  
ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الايمين وجهاً واحداً  
أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاخر وادعى الراكب  
انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب  
أنها عارية فالقول قول المالك في المورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب  
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(مسئلة) ( وان قال أجرتي أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الغاصب )  
اذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف وبأخذ المالك دابته وكذلك  
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب اعارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب « وان  
كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول  
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضاً  
الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك للراكب وههنا  
لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر  
لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر « فان قال المالك غصبها وقال الراكب أجر تذيها  
فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل  
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها  
وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه  
وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه  
الا باليمين وجهاً واحداً والله أعلم

## كتاب الغصب

الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقه نوع من الغصب. وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره. وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه، إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف لعلمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق

## كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو

حنيفة لا يتضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر

ولنا أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالغصب كالقن ولأنها مملوكة أشبهت المدبرة وفارقت الحرية فأنها

ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المغصوب منه معلق بعين ماله وماليتها ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاؤه وتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمغني، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لسكون النص طريقه الادراك بالسمع والقياس طريقة الظن والاجتهاد، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جسرمة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت صائغاً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام، رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة

(مسئلة) (ويضمن العقار بالغصب ويتصور غصب الاراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المنصوص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب فان أتلغها ضمنها بالاتلاف لانه لم يوجد فيها الثقل والتحويل فلم يرضونها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه

ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار

ولنا قوله عليه السلام «من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين» متفق على معناه وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمثقال ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله كما مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره هنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير خلاف.

(فصل) ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في بيته . رواه أبو داود مطولاً ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح ولان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بعيراً ورد مثله ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتقباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب إليها فكانت أولى وأما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكل أو مشروب فيجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وأما سائر المسكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضاً فإنه قال في رواية حرب وإبراهيم بن هاشم ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزن إلا أن يكون مما فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

أذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لان يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فإن الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تازعا في الدار ولا يثبت حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحراؤه ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب اذا كان بغير إذن .

(مسئلة) ( وان غصب كلباً فيه نفع أو خمر ذمي لزمه ردّها )

اذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الاتفاع به واقتناؤه فأشبه المالك ، وان ألتفه لم يغرّمه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا يجوز وان غصب خمر ذمي لزمه ردّها لانه يقر على شربها فان ألتفها لم يلزمه قيمتها سواء ألتفه مسلم أو ذمي وسواء كان لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الحمر والخنزير اذا ألتفها على ذمي قال أبو حنيفة ان كان مسلماً بالقيمة وان كان ذمياً بالمثل لان عقد الذمة اذا عصم عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خمر الذمي بدليل ان المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولانها مال لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان عامله كتب اليه : ان أهل الذمة يمرون بالعشر ومعهم الخمر فكتب اليه عمر ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها فاذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبهه غير المكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى يضمن بقيمته وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلى هذا أن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وإن كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وإن كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لثلاثا يؤدي إلى الربا، وقال القاضي إن كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب ارش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الأتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمائها بالاتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الأول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه رباً كالبيع وكالتقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور إذا كسر الحلي يصلحه أحب الي قال القاضي وهذا محمول على أنها تراضيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كالإواني وحلي الرجال لم يحجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالمعدومة .

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والحزير والاصنام » متفق عليه وما حرم بيعه لا حرمة له لم تجب قيمته كالميتة ولان ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذي كالمترد، ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذي فان تحريمها ثبت في حقها وخطاب النواهي يتوجه إليها فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المترد فانه مال عندهم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر باخذ عشر أثمانها لانهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمي الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فان غضب من مسلم خيراً حرم ردها ووجبت إراقها لان أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بأراقها، وإن اتلفها أو تلفت عنده لم يجب ضمانها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولان ما حرم الاتقاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فان أمسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فان تلفت ضمنها له لانها مال المصنوب منه تلف في يد الغاصب، فان أراقها (المغني والشرح الكبير) (٤٨) (الجزء الخامس)



(مسئلة) قال (ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان اتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحرير فلم يضمنها كالمو حال بينه وبين مناعة قتل المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه زول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولما قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ماضن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله كما مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه بالواخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين مناعة ما استولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي

فجمعها انسان فتخللت عنده رد الحل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان اتلفه او اتلف ميتة بجلد لها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل بيعه (مسئلة) (وان دبغه وقلنا بطهارته يلزمه رده كالحجر اذا تخلت ويحتمل أن لا يجب رده)

لانه صار مالا بفعله بخلاف الحجر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ (مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحرقانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالاتلاف فان حبس حرأ فأت عنده لم يضمنه لانه ليس بمال إلا أن يكون شيئاً غريباً فجهان (أحدها) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه العبد الصغير، فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليته؟ على وجهين (أحدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه مالوك كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته) لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ما تاف من الأرض بفعله أو سبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو تقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها ذلك فيصير غاصباً فإن الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تنازعا في الدار ولا يثبت لها حكمها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل محراه ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن

(الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من

كمنافع العبد، وإن حبسه مدة لمثلها أجره ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهها واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويلزمه رد المغصوب إن قدر على رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته إذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً ومن أخذ عصاً أخيه فليردها» رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال النعم والغيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره

(فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته لأنه جنى ببعيده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

(١) بضم العين أي طوال

الانصار من بني بياضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بارضه وقضى الآخر أن يزرع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤس وإنها لنخل عم (١) ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لاحرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفرغه كما لو جعل فيه قاشا وإذا قلعهما لزمه تسوية الحفر ورد الارض إلى ما كانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وان أراد صاحب الارض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا وان طالب أخذه بقيمته وأبى مالكه الا القلع فله القلع لانه ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لأنها معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لان الحق لها فجاز ما اتفقا عليه وان وهب الغاصب الغراس والبناء لما لك الارض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وان لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لان فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان نصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالملك الارض فان طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض اجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا

اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أراه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان اقرب الى المكان الذي يلزمه رده اليه أولاً لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(مسئلة) (وان خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زيبياً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده اذا بعده وان أكن تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن منه وان لم يمكن تمييز شيء منه فسد كره ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان بنى عليه لزمه رده الا أن يكون قد بلي) اذا غصب شيئاً فشقغه بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجب قيمته لانه صار هالكا فوجب قيمته كما لو تلف، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وان انتقض البناء وتفصل اثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب اداء الخشبة والحجر لانه صار تابعاً للملك يستنصر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كالمعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه لأنه سفه فلا يجبر على السفه وقيل يجبر لأن المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لأن الجميع ملك للمغضوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه

(فصل) والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها إذا لم يكن في النقص غرض صحيح لأن النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال بأسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في ربيع قوم بأذنه فله القيمة ومن بنى بغير أذنه فله النقص» ولأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها فليس للغاصب النقص على ما ذكرنا في الغرس

(فصل) وإن غصب داراً فخصصها وزوقها وطالبه ربهما بإزالته وفي إزالته غرض لزمه إزالته وإرش نقصها إن نقصت وإن لم يكن فيه غرض فهو للغاصب مالها أجبر على قبوله لأن ذلك صفة في الدار فأشبهه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يجبر لأنها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وإن طلب الغاصب قلعه «منعه المالك» وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وإن

مسئلة (وإن سمر بالمسامير باباً لزمه قلعهما وردها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وإن غصب فصيلاً فأدخله داره فكسرت وأخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه إلا بنقصه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجدة فإن كان حصوله في الدار بغير تقييد من صاحب الدار نقض إيجاب وضمانه على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تقييد من صاحب الدار، وأما الخشبة فإن كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وإن كان أقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحماً لأنه في معنى الخشبة وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه، ولو باع داراً فيها خواصي لا تخرج إلا بنقص الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان لإصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله، وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لأنه لا فائدة فيه وبصطالحان على ذلك أما بان بشرته مشتري الدار أو غير ذلك (فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها على ما ذكره، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت إلى مالكا وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدمياً ويفارق الحيط فإنه في الغالب أقل قيمة من

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لأنه عين ماله (والثاني) لا يملك لأنه سفه يضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وإن بذل المالك له قيمته ليركه

(فصل) وإن غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان إن طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتل وجهين، وإن منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وإن أخذ تراب أرض فغصب به لبناء رده ولا شيء له إلا أن يكون قد جعل فيه شيئاً له فيكون له أن يحله ويأخذ تبته وإن كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة وإن طالبه المالك بحله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض وإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وإن جعله أجراً أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك إجباره عليه لأن ذلك سفه لا يفيد واتلاف للعمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال.

(فصل) وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لأنه يضر بالارض ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فله رده كتراب الارض وكذلك إن حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن اخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله فإن كان التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لأن التفريط من غيره فكان الضرر على المفريط.

(فصل) وإن أدخلت رأسها في قمقم ولم يمكن اخراجها إلا بذبحها أو كسر القمقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وإن كان كسر القمقم أقل كسر، فإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وإن كان من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وإن لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وإن كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص ماله فإن قال من عليه الضمان: منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وإن قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لأنه لا حرمة فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له: أما إن تذبح الشاة لتريحها من العذاب وأما أن تعرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كملتها، فإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن



ملك رجل بغير اذنه وان أراد الغاصب طمها فتمنع المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفرغه فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب منه وأبرأه المنصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لانه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا ابراء مما لم يجب وإنما هو اسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالابراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

( الفصل الثالث ) ان على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا ، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، ويحتمل ان يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمة معارضة مجرمة مال الآدمي الذي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعه المال، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعه المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقص البناء لرد الخشبة وكذلك ان كان درهماً أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقيته الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم يكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدواً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها

(مسألة) ( . ان زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرها )

الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله وان بناها بتراب منها وآلات للمنصوب منه فعليه اجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وانما للغاصب فيها اثر الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب اجرة مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المنصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى ان بناها واجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناء الغاصب حكم مالو غصبها عرصة فبناها وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري او نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لسكن المالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص اتالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ.

إذا غصب أرضاً فزرعها ووردها بعد حصاد الزرع فهو للغاصب لا نعلم فيه خلافاً لانه نساء ماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لتترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما ذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها (مسئلة) (وان أدركها ربحها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بعوضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربحها والزرع قائم لم يملك اجبار الغاصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » لانه زرع في أرض غيره ظالماً أشبه الغرس

ولما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على القلع لانه ملك للمنصوب منه ولانه أمكن رد المنصوب إلى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يحز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وادخاها البحر أو غصب لوحاً فرقم به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة المال عن

( الفصل الرابع ) ان علي الغاصب ضمان نقص الارض ان كان نقصها الغرس او نقصت بقية  
وهكذا كل عين منصوبة على الغاصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقرا كثوب تحرق وانه تكسر وطعام  
سوس وبناء خرب ونحوه فانه يردّها وارث النقص لانه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه  
كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوبا  
شقا قليلا أخذ ارشه وإن كان كثيرا فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ  
ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء  
شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جناية اتلفت معظم  
منفعته فسكات له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين  
فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها وأخذ قيمتها  
ولعل ما يحكى عنه من قتل ذئب حمار القاضي يذهبني على ذلك لانه اتلف غرضه به فانه لا يركبه في  
العادة وحجتهم انه اتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو اتلف جميعها

اتلف كذا هذا وفارق الشجر لان مدته تنطاول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى  
ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل  
واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتنبى رضي المالك بترك الزرع للغاصب  
ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار  
طعاما يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري  
بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان:

( إحداهما ) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للغاصب الى حين  
نزاعه منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك كان ملكا له يأخذه فيكون أخذ المالك له تملكا له  
الا ان يعرضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الغاصب أجر الارض  
الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شغل به أرض غيره

( والرواية الثانية ) يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره  
وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا  
تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف  
القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه تمام ماله فأشبهه ماله غضب دجاجة فخصت بيضا له  
كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس استحسانا ان يدفع اليه نفقته للآثر  
ولذلك جعلناه للغاصب اذا أخذت منه الارض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب أن  
يتبع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للغاصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستعير

ولنا انها جنابة على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جنابة تنقص بها القيمة فأشبهه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في الاتلاف بالجنى عليه لا بغرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارش قدر نقص القيمة في جميع الاعيان وبهذا قال الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فقاً عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقاً العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئاً ، قيل له فان كان بعيراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على ان احمد انما اوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للامر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس ، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة ربع قيمتها وقدروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجمع

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الحنطة والشعير واحتمل ان حكمه حكم الفرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لسائر زرع مثل حكم الفرس وانما ترك فيما تقل مدته للامر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له فان ادركها والثمره فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها نماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كاعصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها ، وقال القاضي هي للمالك الارض ان ادركها في الفرس لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا فغرسها فالنماء للمالك الارض قال القاضي وعليه من انفقة ما انفقه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركها قائماً فيها كالزرع قال شيخنا والاول اصح لان احمد قد صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للامر فيختص الحكم به ولا يمتد الى غيره ، ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمره نماء الشجر فكانت لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعمه لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمت وزاد فأشبهه ما لو طالت اغصانه ، ويرد الثمر ان كان باقياً وبذله ان تلف وان كان رطباً فصار تماً او عنياً فصار زبيباً فعليه رده وارش نقصه ان نقص ولا شيء له بعمله فيه ولا

وأما أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قاع عيني بهيمة تنفع بها من وجهين كالدابة والبقر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداها ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروي عن أحمد في العبد أنه يضمن في الغصب بما يضمن به في الجناية ففي يده نصف قيمته وفي موضعه نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لأبعض العبد فكان مقدرا من قيمته كأرش الجناية . ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بال ضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لو جبت قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فإن قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في الدين القائمة بخمسين دينارا ولو كان تقديرا لوجب في العين نصف القيمة كعين الأدي، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحاقه بسائر الاموال المنصوبة، وقول أبي حنيفة أن هذا في بهيمة الانعام والدابة لا يصح لأن هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر إنما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعدل ركوب دون بهيمة الانعام

أجرة عليه للشجر لأن أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولها أن ولدت عنده وضمان لبنها بمثله لأنه من ذوات الامثال ويضمن إربارها وأشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد الغصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

(مسألة ٢) (وان غرس أو بني اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها وأجرها) متى غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بني فيها وطلب صاحب الأرض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها يضرب في أصولها بالفؤس وإنما لتدخل عم ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قاشا ، وإذا قاما لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه لا ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته



( فصل ) وان غصب عبد أجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من ارش النقص اودية ذلك العضو لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجد اجمعاً، فان غصب عبداً يساوي الفاً فزادت قيمته فصار يساوي الفين ثم قطع يده فنقص الفألزمه الف وورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضبوطة وبذ العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص الفاً وخمسة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسة وورد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف وورد العبد فحسب وإن نقص خمسة فاعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسة ؟ على وجهين .

( فصل ) وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد، وإن قلنا ان ضمان الغصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجعها للغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه . وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارش جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

( فصل ) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً، وان طلب اخذه بقيمته وأبى مالكة إلا القلع فله ذلك لانها ملكه فملك نقله ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تمويضه عنه - باز لان الحق لها فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الغاصب الفراس والبناء للمالك الارض ليتخلص من قلمه فقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً بغير اسأ من رجل واحد ففرسه فيها فالكل للمالك الارض فان طالبه المالك بقلمه وله في قلمه غرض أجبر على قلمه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الفراس لانه نقص حصل في يد الغاصب اشبهه مالو غصب طعاماً فتلف بعضه وان لم يكن في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قلمه لانه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلمه ومنعه المالك لم يملك قلمه لان الجميع ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

( فصل ) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري بخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولما أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولأن المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع تسع أصابع وبهذا ينفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجمله ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بغير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

( فصل ) وإن حتى العبد المغضوب فجنابته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون ارش الجنابة يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيده فجنابته مضمونة على الغاصب أيضاً لأنها من جملة جناباته فكان مضموناً على الغاصب كالجنابة على الاجنبي .

( فصل ) اذا نقصت عين المغضوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام ( أحدها ) أن يكون الذاهب جزءاً مقدراً البديل كعبد خصاء وزيت أغلاه ونقررة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

( فصل ) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا انه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقص غرض صحيح لان النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في رباغ قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير اذنهم فله النقص » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للغاصب النقص على ما ذكرنا في النرس

( فصل ) وان غصب أرضاً فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلهامدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبناء رده ولا شيء له الا ان يجعل فيه تبناً له فله ان يحله ويأخذ تبنته ، فان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسنذكره ، وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فان جعله أجراً أو خفراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والثقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع (الثاني) أن لا يكون مقدرأ مثل أن غصب عبداً ذا سمن مفرط نحف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا ما تنقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى فان الذاهب مقدر البدل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البدل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كمصير أغلام فذهبت مائته وانعدت اجزاؤه فنقصت عنه دون قيمته ففيه وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار إنما أذهبت مائته التي بقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبهه الزيت اذا أغلام وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منهما مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلامه فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم . وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه وهل يجب في المصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فسمن سمننا فنقصت به قيمته أو كان شابا فصار شيخا أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالغرس والبناء وهكذا كل عين منصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كأناء تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا شق لرجل ثوبا شقا قليلاً أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين إمساكه مع الارش وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد إن شاء شق الثوب وان شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم ثمنه فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له . وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان الجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ، ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي يبنى على ذلك لانه أتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جناية تنقص بها القيمة اشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف جميعها لان الاعتبار بالجني عليه لا بغرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره . وعليه أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلي الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تلفت تحت يده لانها

ناهذا فمقط ثديها وجب ارش النقص لا نعلم فيه خلافاً، فان كان العبد أمرد فثبتت حقيقته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفأنت لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور

(فصل) وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابنل وخيف فساده أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه وقال القاضي لا يلزمه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وكما نقص شيئاً ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فسادده ويأخذ ارش نقصه وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ من قيمته لانه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز رديء ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لانه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون العفن بسبب منه، ثم ان ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لان هذا الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي ان شاء الله تعالى وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الارض دون بنائها لانه إنما غصب الارض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وان بنائها بتراب منها وآلات المنصوب منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لانه وقع عدواناً .

(فصل) وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وان نقضها ثم بنائها بالآمن عنده فالحكم كذلك، وان بنائها بالآمن أو آلة من ترابها أو ملك المنصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقضها الى أن بنائها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناء الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بنائها لم يختلف الحكم وللمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما أتلف من الأعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر الضمان عليه، وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالاجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

(مسئلة) قال (وار كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وإن استحققت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليا أجرة الأرض)

قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت يعني أخذها مستحقها فتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فانه للغاصب لا نعلم فيه خلافا وذلك لانه ناء ماله وعليه الاجرة الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كاراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه ، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه ، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » ولانه زرع في أرض غيره ظلما أشبه الغراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه لانه ملك للمفصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً

المشتري من الاجر إلا باجرة مدة مقامها في يديه لان يده إنما تثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحاً فرقم به سفينة لم يقطع حتى ترسي اذا كانت السفينة يخاف غرقها بقطع اللوح لم يقطع حتى يخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تفرق بقلعه لزمه قلعها ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقطع كالحيط وان كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوحيين والثاني يقطع في الحال لانه أمكن رد المفصوب فلزمه وان أفضى الى تلف مال الغاصب كرد الساجدة المبني عليها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولنا أنه أمكن رد المفصوب من غير اتلاف فلم يحجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجدة في البناء لانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً خاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولاً للغاصب فهل يلزمه رده وينزع الحيوان على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اقسام (أحدها) ان يخيظ به جرح حيوان لا حرمة له كالرند والخنزير والكلب العقور فيجب رده لانه يتضمن تقويت ذي حرمة أشبه ماله خاط به ثوبا (الثاني) أن يخيظ به جرح حيوان محترم لا يحل اكله كالآدمي فان خيف من نزع الهلاك أو أبطأ برؤه فلا يجب لان الحيوان آكد حرمة



في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكن له فلان قال « فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » قال رافع فأخذنا زرعا ورددنا عليه نفقته ولانه أمكن رد المنصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يحز اتلافه كما لو غصب سقينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سقينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة المال عن التلف كذا ههنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة وفارق الشجر والنخل لان مدته تتناول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديشين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فتري رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه اجر الأرض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما او احجارا يحتاج في نقله الى مدة ، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع اخذ شجر المشتري بقيمته ، وفيما يرد على الغاصب روايتان ( احدهما ) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو اتلفه ولأن الزرع للغاصب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكه ولو لم يكن ملكه لما ملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له ملكا له إلا أن يوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو اخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب اجر الأرض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهلي ( الثالث ) ان يخطط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لان فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحسن صيانة مال آخر وان كان للغاصب فقال الناضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتقاع باجمعه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنقص البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا ( واثنائي ) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وبين ما لا يعد له كالحيل وما يقصد صوته من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الحيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فجري مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى امكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه أو ضرر كثير وجب رده

( مسألة ) ( فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آدمياً معصوماً لان غير الآدمي لا حرمة له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « كسر عظم الميت ككسره وهو حي » فعلى هذا يرد قيمته .

تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الغاصب ما نطق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الحارقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احمد انما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه ثماء عين ماله فأشبهه مالهو غصب دجاجة خفضت بيضا له أو طعاما فعلفه دواب له كان الثماء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب اذا استحققت الارض بعد اخذ الغاصب له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع مما يتيقن اصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطوبة والنفعان احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فأشبهه الحنطة والشعير واحتمل ان يكون حكمه حكم الغرس لبقاء اصوله وتكرار اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس ولما تترك فيما تقل مدته للأثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غصب ارضا فغرسها فأثمرت فأدر كها ربحا بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له وان ادر كها والثمره فيها فكذلك لانها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في ارضه ولا ثماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة ولدها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادر كها في الغراس لان احمد

(مسئلة) (وان غصب جارحا فصاد او شبكة او شركا فامسك شيئا او فرسا فصاد عليه او او غنم فهو للمالك) كما لو غصب عبداً فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للغاصب لان الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيما إذا غصب فرسا او سهما او شبكة فصاد به وجه آخر انه للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له اجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان منافعه في هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض انسان فاخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجرة المثل لانه استوفى منافعه أشبه مالهو لم يصد، ولو غصب عبدا فصاد أو كسب فالكسب للسيد وفي وجوب أجرة العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو خشبشا فهو للغاصب لان هذه آلة فهو كالخيل يربط به .

(مسئلة) (وان غصب ثوبا فقصره أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضر به أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه)

ولائي. له هذا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها الا ان الغاصب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضاً ففرسها فالتما مالاً الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما اتفق به الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائماً فيها كالزرع، والاول اصح لان احمد قد صرح بأن اخذ رب الارض الزرع شي لا يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيختص الحكم به ولا يبعدى الى غيره ولان الثمرة تقارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبها (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف لعله لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمت وزاد فأشبهه مالوطالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان تالفاً فعليه بدله وان كان رطباً فصار تماًراً أو عنباً فصار زيتاً فعليه رده وارش نقصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لان أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان تقع الشجر رية الثمر واخراجها وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشبارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضاً فحكها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محبوسة كالدار والبستان المحبوس لم يحز لغير مالكيها دخولها لان ملك مالكيها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير اذنه كمالو كانت في يده قال أحمد في الضيعة تصير غيبضة فيها سمي لا يصيد فيها أحداً الا باذنهم وان كانت صحراء جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال «ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المنصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراهم ولانه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كبروه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها إذا ثبت هذا فانه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكاً بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنفعة والمنافع أجريت مجرى الاعيان أشبهه مالو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الغاصب عمل

(١) بتشديد الياء

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي السكلا في الارض المغصوبة وذلك لان السكلا لا يملك بملك الارض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروذي في رجل والداه في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لان دخوله عليهما تصرف في الطوايق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فان أجابوه والا لم يقيم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف اخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ، ونقل المروذي عنه اكره المشي على العبارة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها وربما كان المشي عليها يضر بها ، وقال أحمد لا يدفن في الارض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير اذنهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجع الى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرماً ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال لا يتساع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان اذا بنى داراً وجمع الناس اليها اكره الشراء منها وهذا ان شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صححت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى ، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالهما والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوف

في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأصابه الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه اذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلان لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فان احتج بان من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزدد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً على اتنا نقول إنما تجب قيمة الزرع على احدى الروايتين وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الاول

(فصل) فان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وان نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنفرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره لانه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلّف بعضه وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الدفوف بمساميره فله قلعها ويضمن ما نقصت الدفوف ، وان كانت المسامير من الخشب المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها الا ان يأمره

التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكيها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الفا فجاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه أو تعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذ السيد وأخذ من الغاصب مائة)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا بردها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فانها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طوبى برد العين وهي موجودة فلم يرددها وأجربناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين وأجربنا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجهين وان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء منها فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاجير الحال وان ضمن الاجير رجوع على الغاصب لانه أتلف مال غيره بغير إذنه علماً بالحال وإن ضمن الغاصب رجوع على الاجير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالاجير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالكيها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين)

اذا طم المالك بطمها لزمه لانه يضر بالأرض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك لو حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وان أراد الغاصب طمها فتمه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريقه فله ذلك لما فيه من الضرر وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم



النصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمصوب منه فتكون مملوكة له أيضاً لأنها تابعة للعين ، فأما ان نصب العين سميعة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا تعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو اذهب عضو من اعضائها (فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسميت فبلغت قيمتها الفاً ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها الى مائة ردها ورد الفاً وتسعمائة وان بلغت بالسمن الفاً ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت الفاً ثم نسيت فعادت الى مائة ردها ورد الفاً وتسعمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة، وان سمنت فبلغت الفاً ثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى الف ردها وتسعمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المصوب منه فلا ينبغي ملك الانسان بملكه ، واما اذا بلغت بالسمن الفاً ثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى الف فقيه وجهان (أحدهما) يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا ينبغي بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وتسعمائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سميعة فلا شيء عليه لانه عاد ما ذهب فأش به ماله مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها نقرة وهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان ببراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بعد وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها ولنا أن الضمان انما يلزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما يجب انما هو اسقاط التعدي برضاه به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يتلفظ بالابراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

(مسئلة) (وان غصب حبا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو بيضا فصار فراخاً رده ولا شيء للغاصب لانه عين مال المصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعاله فالتغير في البيضة أعظم فانه استحالة بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضاً أن يكون شريكاً بالزيادة كالمسئلة الاولى

(فصل) (وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فيها لما ملكها ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يردها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لانه من ثمنها وان غصب فحلاً فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي صلوات الله وسلامه عليه نهى عن عسب الفحل، وإن نقصه الضراب ضمنه وإن نقص المصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقاً

الوجه اقبس لما ذكرنا من شواهد، فعلى هذا لو سئمت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزيادتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمهما جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت مانسيته فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تعلمت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعليم والاوّل اولى .

( فصل ) وان مرض المصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمناً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب له قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المصوب ناقصاً بمرض او عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالئكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المصوب وكذلك إن أخذ المصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل أخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك

( فصل ) زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاتلاف فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لأبض العبد فكان مقدراً من قيمته كارش الجنابة

ولنا أنه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص كالبيعة وكنقص الثوب بحقه أن القصد بال ضمان جبرحق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لو جبت قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمان الجناية على أطراف العبد معدول به عن القياس للإلحاق بالجنابة على الحر والواجب ههنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقة بسائر الاموال المصوبة على أن في الجنابة على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتتفق الروايتان والتفريع على الاول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الامرين منها لان سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق بما لا مقدّر فيه كنقصه لكبر او مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فان كان العبد أمر قنبت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه كبقية الصور

وخرقة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد النصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من ادائها لأنها غير مفصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه أنبئ على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه. ولنا أنه مال المفصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه بامسالك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محذور.

( فصل ) وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عاينه أحمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن. ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن فإنه من عين المفصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمفصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين وهي باقية كلها كما كانت ولأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فإنها مفصوبة وقد ذهبت

### ( مسألة ) ( وإن غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الأمرين )

وجملة ذلك أنه إذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية يكون الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غضب ونقصه الجناية أقل من ذلك أو أكثر وإن قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخرفيه فإن الجناية واليدوجدان جميعاً فلو غصب وقيمتة ألف فزادت قيمته إلى ألفين ثم قطع يده فنقص الفألزمه ألف ورد العبد لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكانه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص الفأ وخسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخسمائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ويرد العبد حسب وإن نقص خسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خسمائة على وجهين .

( مسألة ) ( وإن جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الأمرين ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقي من النقص )  
إذا غصب عبداً فطعم آخر يده فللأكثر تضمين من شاء منها لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئاً فشقّه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وارش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة النائف وارش النقص وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة النائف لا غير وإن كانا باقين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصرعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة النائف وارش نقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه الاقيمة النائف، مرد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمه كالتقص بتغير الاسار، والصحيح الاول لأنه نقص حصل بجناية فليزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المخصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه.

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة

في يده فإن ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لأنه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وإن قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضم الغاصب ههنا شيئاً وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وإن قلنا إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لأن ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لأنها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها.

(مسئلة) (وإن غصب عبداً فخصاه لزمه رده وقيمة)

إذا غصب عبداً فقطع خصيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو مات بحب فيه الدية من الحر لزمه رده وقيمة كله نص عليه وبه قال مالك والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة يخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال ولما إن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولأن المضمون النائف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسم أصابعه، وبهذا ينفصل عما ذكره فإن الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمتة عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بفناء الثياب ولا تنقص برخصها  
(فصل) وان غصب ثوبا أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة اثوب فعليه ارش نقصه وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وان اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما ما الأجر وارش النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه الذم فتنقص بغيره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص، وان كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه فقيه وجهان (أحدهما) يضمهما معاً (والثاني) يجب أكثر الأمرين من الأجر وارش النقص لان ما تنقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء، ويخرج لنا مثل ذلك. ولما أن كل واحد منهما ينقسم بالاجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تعجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لافي مقابلة الأجزاء ولذلك يجب الأجر وان لم تفت الأجزاء وان لم يكن للمصوب أجر كثوب غير مخيط فلا أجر على الغاصب وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المصوب عند الغاصب ثم باعه فتلّف عند المشتري فله ان يضمن من شاء، ثمها فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين اتلف لانه في ضمانه من حين

التلف لافي مقابلة الجملة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل ففأعين دابة عليه ربع قيمتها قيل له فقاً العيين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً قيل له فان كان بعيراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احمد انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمير خاصة للأثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها منزلة الأدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رهوس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلعت عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبقر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كسائر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه وأما قول عمر فحمل على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين الفأنة بخمسين ديناراً



غصبه الى يوم تلف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقى على الغاصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدًا فعمله سكينًا أو آوانيًا أو خشبة فتجرها بابًا أو تابوتًا أو ثوبًا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه وبأخذه وارث نقضه ان نقص ولا شيء. للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه فان محمدًا مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوما من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوها ولا يسبغها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جبرًا تناوحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي ﷺ «اطعموها الامرئ» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر ردها عليهم. ولنا أن عين مال المنصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كالأشاة ولم يشوها ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه فإذا فعله بملك غيره

(مسئلة) وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسعار لم يضمن نص عليه وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن أبي ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردها كالسمن وذكر ابن أبي موسى رواية عن احمد ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسل انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق بالمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الغاصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مفصولة وقد ذهبت (مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض او غيره ثم عادت برئته لم يلزمه شيء الا رده إذا مرض المنصوب ثم برى أو أبيض عينه ثم زال يابضها أو غصب جارية حسناء فسمت سمنًا نقصها ثم خف سمنها فعدا حسناء وقيمتها ردها ولا شيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يده، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئًا فان ردها بالمنصوب ناقصًا بمرض او عيب او سمن مفطرًا وحمل فعليه أرش نقضه فان زال عيبه في يده ماله بملكه لم يلزمه رد ما أخذ لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك أن اخذ المنصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك (مسئلة) وإن زادت القيمة لسمن او غيره ثم نقصت ضمن الزيادة إذا زادت قيمة المنصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل له إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وذكر أبو الخطاب أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت بحري الأعيان فأشبهه ماله غصب ثوباً فصنعه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الغاصب عمل في ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالو أعلى زينة فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه وسائر عمل الغاصب، فلما صيغ الثوب فإن الصيغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صيغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره رد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لأنه عين ماله ونفقته عليه يزاد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له ما انفق على ملكه وفي مستثناه عمله في ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين فلما ان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن يسمي الرفوف بمسامير من

الغاصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما إذا غصب عبداً أو أمة وقيمتها مائة فزاد بتعليمه أو في بدنه حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بتقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه رده ويأخذ من الغاصب مائة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كمنقص سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية أن المغصوب إذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بعينه

ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لأنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوّل برد العين وهي موجودة فلم يردّها، وأجربناها هي والتعلم بحري السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع العين، وأجربنا الزيادة الحادثة في يد الغاصب بحري الزيادة الموجودة حال الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فلما ان غصب العين سميئة أو ذات صناعة فهزات أو نسيت فنقصت قيمتها فعليها ضمان نقصها لأننا لا نعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها فوجب ضمانها كالذهب بعض أعضائها

(فصل) إذا غصبها بقيمتها مائة فسمت فبلغت قيمتها ألفاً ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت

عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمر المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين ، وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فلا أجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارش نقصها ويغرم من شاء منهما فإن غرم الغاصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على الغاصب لأنه غره وإن علم القصاب أنها منصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه علماً بالحال وإن ضمن الغاصب رجوع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

( فصل ) وإن غصب حباً فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو بيضا فحضره فصار فرعاً فهو للمنصوب منه لأنه عين ماله نمت فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم مالكها ولا شيء للغاصب في علفها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم برد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل ، وإن غصب شاة فأزى عليها فخلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من ثمنائها وإن غصب فخلاً فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجر له لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عصب الفحل وإن نقصه الضراب ضر نقصه

فعادت إلى مائة ردها وردانها وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سمئت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه (مسئلة) (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قيمتها مائة فسمئت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمئت فعادت إلى ألف ففيه وجهان) (أحدهما) يردّها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى ، فعلى هذا أن هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها سمينة فلا شيء عليه لأن ما ذهب عاد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعادت القيمة أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبقى عبد ثم عاد وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى لأنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمئت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت بالسمن الأولى أو زادت عليه ضمن أكثر الزائدتين وتدخل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً ، فأما أن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيتها فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد

( فصل ) وان غصب دنائير أو دراهم من رجل وخلطها بمائها لا آخر فلم يتميزا صار اشريكين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مائها لها وان خلطها بمائها من ماله ملكها لانه تعذر تسليمها بعينها فأشبهه ماله تلفت .

ولنا أنه فعل في المنصوب على وجه التعدي لم يذهب بمائته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .  
( فصل ) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحاً كالفهد والبازي فصاد به فالصيد للمالكه لانه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ومحتمل أنه للغاصب لانه الصائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح، وان غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبهه نماء ملكه وكسب عبده ( والثاني ) للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه ماله ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافعه ومنافعه في هذه المدة عائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضاً على غيره كالأرض زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقه والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبهه ماله لم يصد شيئاً

عاد ما ذهب، وان تلمت علما آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والاول اولى

﴿مسئلة﴾ ( وان كانت من غير جنس الاولى لم يسقط ضمانها ) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها  
﴿مسئلة﴾ ( وان غصب عبداً مفرطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم تنقص رده ولا شيء عليه )  
لان الشرع انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء .  
( فصل ) فان نقصت عين المنصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام ( أحدها ) أن يكون الذاهب مقدر البديل كعبد خصاء وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمائها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزم ما يقدر به كالأذهب الكحل ( الثاني ) أن لا يكون مقدر كزوال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه ( الثالث ) أن يكون النقص مقدر البديل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كقصير أغلاه فذهبت مائته وانقصت اجزأه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذهبت مائته التي يقصد اذهاها ولهذا زداد حلاوته وتكثير قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب ( والثاني ) يجب ضمانه لانه مقدر البديل فأشبهه الزيت اذا اغلاه . وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا لان كل واحد منهما مضمونا منفردا فكذلك اذا اجتمعا

(مسئلة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها سيئ ما وارلادها

ومهر مثاتها)

وجملة ذلك أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك يمين فان كان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثاتها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي. ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق يجب للسيد مع كراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعتها والخبر محمول على الحرية، ويجب ارش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر النيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وان حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من نثاتها وأجزائها ولا يحق نسيبه بالواطئ لانه من زنا فان وضعته حياً وجب رده معها وان أسقطته ميتاً لم يضمن لاننا لا نعلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالانلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء وان

(١) من هنا الى

قوله وان وضعته حياً

— زيادة من بعض

النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه

(مسئلة) (وان نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كخبطة ابتلت وعفت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكذا نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فسادها ويأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بفقير رديء

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً ففرض: وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لانه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون العفن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح



وضعت حيا حصل مضموناً في يد الغاصب كالأم فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وان نقصت الأم بالولادة ضمن نقصها ولم يتجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يتجبر نقصها بولدها

ولما أن ولدها ملك للمغضوب منه فلا يتجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وان ضرب بطنها اجنبي ففيه مثل ذلك، والمالك تضمن أيها شاء فان ضمن الغاصب رجم على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على أحد لان الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرش بكارها ونقص ولادها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الاحكام كلها حالة الاكرام والمطوعة لاسيما حقوق لسيدها فلا تسقط بمطوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والتعزير في موضع يجب فان كانت مطوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والائتم والا فلا

(فصل) وان كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وارش البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها مملوكة ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعت ميتاً لم يضمه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحمل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل

لان الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وان جنى المنصوب فعليه ارش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

اذا جنى العبد المنصوب جنايته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب كمائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك ان جنى على سيده لأنها من جملة جنائياته فكان مضموناً كالجنابة على الاجنبي

(فصل) ويضمه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبهه ما لو سقطت، وان عني عنه على مال يتعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد، فان زادت جنابة العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تتعلق ارش الجنابة بها لأنها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببذله كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فاذا أخذ ولي الجنابة القيمة من المالك رجم المالك على الغاصب بقيمته مرة أخرى لان القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الغاصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد ودية فجنى جنابة استغرقت قيمته ثم ان المودع قتله بعسدها

الحيولة وان وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيولة بينهما وبين سيده، وان ضرب العاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد او امة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعته حياً قومناه بملوكها، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة امه لانه يضمه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل اتلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ماضى اذا كانا عاقلين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

( مسألة ) قال ( وان كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية الى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب )  
وجملة ذلك أن الغاصب اذا باع الجارية فيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنائيتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منها لان الجناية كانت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجنابة الثانية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا

( مسألة ) ( وجنایته على الغاصب وعلى ماله هدر ) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدراً

( مسألة ) ( ويضمن زوائد الغصب كالولد والثمره اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولده الحيوان )

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب الا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لانها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم بثبوت يده على هذه الزوائد واثبات يده على الام محذور لا يصح لانه باسئال الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان الغصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيها شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (علي اليد ما أخذت حتى تؤديه) وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه ووطء جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده انه يطاء مملوكته فمنع ذلك الخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلمهم لأنهم كانوا في حال العلق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لا أبي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يقديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويقديهم بدلمهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المصوبة لا يضمه عند إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) (فان خلط المصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط خنطة أوزيتا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)

اذا خلط المصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أودنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لانس على ان يكون شريكه اذا خلطه بغير جنسه فيكون تنبيها على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثل وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الغاصب لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبذل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) (وان خلطه بدونه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيتهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب

تقويمه واختلف أصحابنا فيما يقدمهم به فنقل الخرقى ههنا أن يقدمهم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثية وقد نص عليه أحمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يقدمهم بمثلهم في القيمة . وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقدمهم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح إن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع . وقول الخرقى رجع بذلك كله على الغاصب يعني بالمهر وما فدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه . فاما الجارية إذا ردها لم يرجع بيدها لأنها ملك المغصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه ، وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمنهأ أجر في تلك المدة فعليه أجرها ، وإن اغتصبها بكرأ فعليه ارش بكارتها وإن نقصها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها ، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها . وكل ضمان يجب على المشتري فالمغصوب منه إن يرجع به على من شاء منها لأن يد الغاصب سبب يد المشتري . وما رجع على الغاصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الغاصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري ، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء . لأن موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لأنه حصل بفعله ، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الغاصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كبعض الغرماء لأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان قاتلاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب . أما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فزومه مثله كما لو أتلفه .

(فصل) إلا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل صاحبه مثل حقه منه فزومه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي ، وإن خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بدله لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لأن حقه انتقل إلى الزمة فلم يجبر على عين ماله ، وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه إن كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربما لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد ، وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما

(فصل) وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خاصه ورده

من غير تغرر، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمته - ١ - إن تلفت في يده وارش بكرتها وبذل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته آلاف وإنما الشرع أتاهم بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة : وضرب اختلف فيه وهو مهر مناتها وأحر نفعها فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان ( احدها ) يرجع به وهو قول الحرقي لانه دخل في العقد على أن يتألفه بغير عوض فاذا غرم عوضه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

( والثانية ) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبذل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجع بذلك كله على الغاصب . فكل مالو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب اذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري ، وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري ، ومتى ردها حاملاً فئات من الوضع قلنا مضمونة على الواطيء لان التلف بسبب من جهته .

( فصل ) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فان كانت حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسيدها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالكالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه سببه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

( مسألة ) ( وان غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلتنه بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الغاصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الغاصب النقص )

لانه بتعديده الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل

( مسألة ) ( وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شريكان )

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعه فضمنه بينهما نصفين

( مسألة ) ( وإن زادت قيمتهما مثل أن كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادةهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما ) فان تساوا في الزيادة في السوق تساوا صاحباه فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك ، وان زادوا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المغصوب للمغصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له



لا يجب المهر لانه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب المهر كما لو طأعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوعة فاذا كان الواطيء من أهل الضمان في . قها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة ، وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق اسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو أنلاف جزء منها ، وروي عن أحمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت نقاهها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر ، والصحيح الاول لانها مكروهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبركر ويجب ارش البكرة مع المهر كما لو قدمنا

( فصل ) إذا أجر الغاصب للمغضوب فالاجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ولما اكه تضمنين ايها شاء أجر مثلها فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد ، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به ، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما ملكها تغريم من شاء منها قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم ، هذا إذا لم يعلم بالنصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة . وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر عالماً بالنصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

( مسألة ) ( وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر اذا ضمن له الغاصب النقص ) اذا أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ، ولم يفرق أصحابنا بين ما يملك صبغه بالقلع وبين ما لا يملك قال شيخنا وينبغي ان ما يملك بالقلع لا يملك قلعه لانه سقه وظاهر كلام الحرقى أنه لا يملك قلعه اذا تضرر به الثوب لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر ، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراً بالثوب المغضوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الارض وان اختار المغضوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان ( أحدهما ) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلم يمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض ( والثاني ) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يملك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض ، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كله، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للغاصب دون صاحب الدار وهذا فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كهوض الاجزاء

(فصل) وإن أودع المصوب أو وكل رجلاً في بيعه ودفعه إليه فتألف في يده فللمالك تضمين أيهما شاء أما الغاصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لا يثبتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم الغاصب وكانا غير عالمين بالغصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وإن غرمها رجلاً على الغاصب بما غرم من القيمة والاجر لأنها دخلا على أن لا يضمن شيئاً من ذلك ولم يحصل لها بدل عما ضما وإن علم أنها مغصوبة استقر الضمان لان التألف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بها فاستقر الضمان عليهما فإن غرم شيئاً لم يرجع به وإن غرم الغاصب رجع عليهما لان التألف حصل في أيديهما، وإن جرحها الغاصب ثم أودعها أو ردها إلى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الغاصب بكل حال لانه هو المتألف فكان الضمان عليه كما لو بائرها بالاتلاف في يده

(فصل) وإن أعار العين المصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وإن غرم الغاصب رجع على المستعير وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجرة في الأرض ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولا حساب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب لئلا يملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقامه قياساً على الشجر والبناء في الأرض المشفوعة والغارية وفي الأرض المصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه لئلا يملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض للمالك في هذه المواضع

(مسئلة) (وان وهب الغاصب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فصبيته فبذلت له نصفه مضبوغاً لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لانها أعيان متميزة فأشبهت الغراس، وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك

الاجر؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنفعة له غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فان ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب فمما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لان التلف حصل في يديه ولم يفره أحد وكذلك آخر مدة مقامه في يديه وارث نقص ان حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيها شاء فان ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والاجزاء لانه غره وقال أبو حنيفة أيها ضمن لم يرجع على الآخر ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الاجرة والمهر وارث البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (احدهما) بطلانها

على بيعه لانه منه فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه .

(مسئلة) (وان غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سوبقا احتمل أن يكون كذلك كما اذا غصب ثوباً فصبغه حكمه كحكمه اذا كان اثوب والسويق للغاصب لانه خلط المصوب بماله ويحتمل ان يلزمه قيمته أو مثله ان كان مثلياً لان المصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به رده وارث نقصه ولا شيء في زيادته)

اذا غصب ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للغاصب شيء في الزيادة لانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقص لزمه ضمان النقص لانه بتعديده إلا أن ينقص لتغير الاسعار

(فصل) وان غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فما شريكان بقدر ماليهما وان زادت فالزيادة لها وان نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في الثوب ويرجع بها على الغاصب، وان نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرها لم يضمنه الغاصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وان أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد

(والثانية) صححتها ووقوفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء بطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) وإذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسمع المشتركة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به، وإن اشترى في ذمته ثم نقد الأمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحنفي ويحتمل أن يكون الربح للمنصوب منه لأنه نماء مملوكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لأنه نقص - حصل في المنصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب فإن

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيما إذا غصب سويقاً فلبثه زيت أو عسلاً ونشأ فعقده = لو أهلكه ما لو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه (فصل) (وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وأرش البكارة) إذا غصب جارية فوطئها فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا إن كان عالماً بالتحريم وعليه مهر مثلها مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي :

ولنا إن المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق للسيد يجب مع الإكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافعتها والخبر محمول على الحرية، ويجب أرش بكارتها لأنها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأنه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يضمنه من تفويت البكارة ووجه الأول أن كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها وإذا أفضاها بأصبعه وجب أرش بكارتها فكذلك وجب أن يضمنها إذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لأنه لم ينقصها ولم يؤلمها أشبه ما لو قبلها والاول أولى

(مسئلة) (وإن ولدت فالولد رقيق للسيد لأنه من نملائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالوطئ) لأنه من زنا وإن وضعته حياً وجب رده معها كزوائد الغصب وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم

كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعدد بالعمل ولم يفرضه أحد ولم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فليزمه أجره كالعقد الفاسد .

( مسألة ) قال ( ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمته الماصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة )

وجملته أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فله مغمصوب منه المطالبة ببذله اذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغمصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردّها وبين تضمينها إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكاً للغاصب لا يلزمه ردها الا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لان المالك ملك البذل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيت به زيت

ولنا ان المغمصوب لا يصح ملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتلف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغمصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البذل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا اذا رد المغمصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمه لو سقط بضربة وما يضمن بالاتلاف يضمه الغاصب إذا تلف في يده كأجرة الارض ، قال شيخنا والاولى ان شاء الله انه يضمه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمه به في الجناية وان وضعته حياً ثم مات ضمنه بقيمته

( مسألة ) ( وبضمن نقص الولادة ولا ينجر بزيادتها بالولد ) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة ينجر نقصها بولدها .

ولنا ان ولدها ملك المغمصوب منه فلا ينجر به نقص حصل بجناية الغاصب كالتقص الحاصل بغير الولادة وان ضرب الماصب بطنها فالقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه وان فعله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الضارب لان الاتلاف وجد منه ، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرش بكرتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثاتها ، ولا فرق في هذه الاحوال بين المكره والمطوعة لانها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة ، فاما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير فان كانت مطوعة طالة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

( فصل ) فان كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى



الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً . اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المنصوب رده ونماه المنفضل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عدا ( والثاني ) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لانها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لانها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأسهت زيادة المبيع المردود بعيب وان كان البدل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خمرأ فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينه ثم عاد سمنها فانه يردها وارش نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كالمو غصبه فنقصه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً ، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمناه فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فآخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تدرباً بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكة ويحقه النسي لمكان الشبهة وان وضعته ميتا لم يضمه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وأما وجب تقويمه لاجل الحيلولة وان وضعته حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيلولة بينه وبين سيده ، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه أنلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لما يعقب الضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعته حيا قومناه بمالوكا ، وان ضربه أجني فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب عشر قيمة امه لانه يضمه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه ، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا عاقلين لان هذه حقوق الادميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لعالم بالنصب فوطئها فللمالك تضمين أيها شاء نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولدها ان تلف فان ضمن الغاصب رجع الى الآخر ولا يرجع الآخر عليه )

(المغني والشرح الكبير) وجوب قيمة الولد اذا غصب أمه حاملا فولدت في يد الغاصب ثم مات ولدها ٤١٩

(فصل) واذا غصب شيئاً ببلد فلقية ببلد آخر فطالبه به نظرت فان كان آمناً لزمه دفعها اليه لان الأمان قيم الاشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمتها في بلد الغصب أكثر لزمه اداء مثله لانه لا ضرر عليه وكذلك ان كانت قيمتها مختلفة الا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لانه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وان كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده ولا رد مثله لانتا لا نكلفه مؤونة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمغصوب منه الخيرة بين الصبر الى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه لانه تعذر رده ورد مثله، وان كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا .

﴿مسئلة﴾ قال (ولو غصبها حاملا فولدت في يده ثم مات لولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

السلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) انه اذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وهذا قال الشافعي وقال

تصرف الغاصب في العين المضمونة فاسد لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى، فاذا باع الجارية المغصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين الغاصب لانه السبب في ايصالها الى المشتري وله تضمين المشتري والمتب لانه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لان كل واحد منهما غاصب لان الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منها ولان كل واحد منهما يلزم ردها اذا كانت في يده لان يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» ويلزم المشتري كل ما يلزم الغاصب من النقص والمهر وغيره لانه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسئلة قبها الا أن المالك ان ضمن الغاصب رجع على المشتري والمتب ولا يرجع الآخر على الغاصب بما ضمنه لانه المتلف فاستقر الضمان عليه

﴿مسئلة﴾ (وان لم يعلم بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب) اذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويكفي على إجزاء المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في صورتين لأنه ليس بمغصوب اذا نصب فعل محذور ولم يوجد فان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من قبله لأنه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه

ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرّة في الصّفة والجوز واللوز ولأنه مغصوب فيضمن كالأثم فان الولد إما ان يكون مودوعاً في الام كالدرّة في الحلقة وإما ان يكون كأجزاءها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فان اسقطته ميتاً لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الام عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه (الامر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فان كانت قيمة التالف لا تختلف من حين النصب الى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظراً فان كان اختلافها لمعنى فيه من كسر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لما لكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وان كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ويلزم المشتري المهر لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتلاف لا يميز فيه بالجهل والنسيان

﴿مسألة﴾ (وإن ولدت منه فالولد حر) لأنه اعتقد أنه يطاءً مملوكته فنزع ذلك الخلاق الولد رقيقاً ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لأنه قوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلم لانهم كانوا في حال العلق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الحلال أحسبه قولاً لابي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لاني ولد المغصوب لا يضمنه عنده إلا بالمتع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لأنه أول حال أمكن تقويمه

﴿مسألة﴾ (وفديهم بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الحرق لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاه أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الحرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه المغصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وأما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم اتلف رواه الجماعة عن أحمد، وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكره لا يصح لان امساك المغصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الحلال حين أحمد عنه كما أنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقضاء المثل وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثروا أصحاب

المثليات ولا نه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (ويرجع بذلك على الغاصب) يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وان كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع بيدها لانها ملك المغصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها لما لكها كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الغاصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الغاصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب كما لو وجد العين باقية فأخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الغاصب لانه دخل مع الغاصب على ان يسلم له العين فينبغي ان يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الاولاد

﴿مسئلة﴾ (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به) وجملة ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فإراد المشتري الرجوع على الغاصب فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرش بكارتها، وفيه رواية أخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الغاصب على ان يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي تجب قيمته يوم الحاجة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر دأؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لا يستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته وانما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المنصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رديمته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وانما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلاف فيه وهو مهر مثلها واجر نفعها وفيه روايتان (احداها) يرجع به وهو قول الحرق لانه دخل العقد على ان يتلفه بغير عوض فاذا غرمه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين (مسئلة) فان ضمن الغاصب رجع على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الغاصب اذا رجع به المالك على الغاصب رجع الغاصب به على المشتري وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الغاصب فان ردها حاملا فانت من الوضع فهي مضمونة على الواطي لان التلف بسبب من جهته (مسئلة) فان ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته إذا اشترى الجارية المنصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لغير عالم بالغصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها ونماؤها فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تاقب لانه مال وليس بمثل، وهل يرجع به على الغاصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع ووجه الروايتين ماسبق

(فصل) إذا وهب المنصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه غاصب



الى وقت امكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعى في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(مسئلة) قال (واذا كانت للمنصوب أجره فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه في يديه)

هذه المسألة تشمل على حكين (أحدهما) وجوب رد المنصوب (والثاني) رد أجرته :أما الاول فان المنصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترد» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لا عبداً جاداً» ومن أخذ عصا أخيه فليردها رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال الغم والغيب عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشغل بغيره، فان غصب شيئاً فبعده لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان قال المالك دعني

ولم يغره احد وان لم يعلم فإلصاحبه تضمين ايها شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال ابو حنيفة ايها ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتهب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بها فأما الاجر والمهر وارش البكارة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري (مسئلة) (ولان اعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الغاصب)

فان ضمن المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على احد وان ضمن الغاصب رجع على المستعير وان لم يكن علم بالغصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على انها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمه ولم يستوف بدله فان ردها المستعير على الغاصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت المالك على ما اسكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لانه يبيعه إياها غره وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً نسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها

(فصل) وان غصب شيئاً فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجراً بنى عليه نظراً فان بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتافت لم يؤخذ برده ووجب قيمته لانه صارها الكافوجبت قيمته، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب، وهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تابعاً للملك يستغنى ببقائه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً خاط به جرح عبده ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجبه كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك يسبح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزع رده لانه لا يتضمن تقويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا (والثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمي، فان خيف

في بناءه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها  
(مسئلة) (وان أطعم المغموس لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه أنف مال غيره بغير إذنه عالماً من غير تعريض للمالك تضمين الغاصب لأنه حال يذنه وبين ماله والا كل لانه أنف مال غيره بغير إذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكة فان ضمن الغاصب رجوع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب) لا اعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولانه غر الآكل

(مسئلة) (وإن لم يقل في أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقي وأيها استقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجوع عليه

(مسئلة) (وإن أطعمه لما أسكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطعم المغموس لما أسكه فأكله عالماً أنه طعامه برى، الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وإن كانت له يئنة بانه طعام المغموس منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال كله فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ

من نزع الهلاك أو إبطاء برئته فلا يجب نزعها لان الحيوان أكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعغل والحمار الاهلي ( الثالث ) أن يحيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكاً لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لان فيه اضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحن صيانة مال آخر، وان كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لا يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاح بالحمه وذلك جائز ، وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء لرد الحجر المغصوب ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان ( أحدهما ) هذا ( والثاني ) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للاكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالخيل والطير المقصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقع رد المغصوب عليه ( والثاني ) لا يجب لان ذبحه اتلاف له فجري مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

( فصل ) وان غصب فصيلاً فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجدة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي ، وهذا يدل على أنه لا يبرأ هنيئاً كل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطاناه وهما بالتقديم اليه لم يعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

( فصل ) وإن وهب المغصوب لملك أو أهده اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليماً تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فأخذ المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتياح وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

( مسألة ) ( وان رهنه عند ملك أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان )

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة ، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تقرب من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تقرب من صاحب الدار . وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت ، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لعله لانه في معنى الخشبة ، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجمل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خواصي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان اصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك ما بأن يشتريه المشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة . فقال اصحابنا : حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدمياً ، وفارق الخيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه ، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير منصوبة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فنهنا أولى .

(مسئلة) (وان أعاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

(مسئلة) (وان اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

إذا أقام المدعي بينه بما أدعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع بالتمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما ، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهره لانه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهره لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في ققم فلم يمكن اخراجها الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمم أقل كسر القمم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمم لانه لتخليص ققمه فان قال من عليه الضمان منها أنا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمم لا يجبر على شيء لان القمم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما ان تغرم القمم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً وتخليصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كلفها ۝ وان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الحناية من صاحبه قتل لان حرمة يدعيه فصيح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيها شاء قيمته يوم عتقه فان ضمن البائع رجوع على المشتري لانه اتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد تخلف مالا فهو المدعي لاتفاقهم على أنه له وانما لم يرد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخاف وارثاً فيأخذه وليس عليه ولاه لان أحداً لا يدعيه وان صدق المشتري ابائهم وحده رجوع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيّة الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده .

(فصل) وان كان المشتري لم يعتقه وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أقر بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك ألف من ثمن مبيع فقال بل اتف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس المشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه



معارضة حرمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاءة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاءة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقم في محبرته أو أخذ دينار غيره ففساها فوقم في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجدة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقم في محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها، وان كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فلما يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلعها ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعها وان خيف غرقها بقلعه لم يقطع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بينة فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه يكتفيها وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجربها الى نفسه نفقاً وان أنكرها جميعاً فله احلافها قال احمد في رجل يجد سرقة عند انسان بعينها قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان ألتف المنصوب ضمنه بمثله ان كان مكياً أو موزوناً)

مق تلف المنصوب في يد الغاصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعدى رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالملك والموزون مكياً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطبوع من مأكول أو مشروب فتجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبقى وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب اولا مال فيها ففيها وجهان ( احدهما ) لا يقلع ( واثنائي ) يقلع في الحال لانه امكن رد المنصوب فلزم وان ادى الى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ولنا أنه امكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يحز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

( فصل ) وإذا غصب شيئا فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحظية بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

( احدها ) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بحنطها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام احمد لانه نص على أنه يسكون شريكا به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله ان شاء منه وإن شاء من غيره ، لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه مالهو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله .

كالنص والمغني والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كالنص لما كان طريقه الادراك بالسمع كان أولى من القياس لان طريقه الظن والاجتهاد

( مسألة ) ( وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه )

وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البديل لان الواجب المثل الى حين قبض البديل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة ، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم الحاكمة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم

ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم ودليل وجوبها - ينشأ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسم ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجبا كحالة الحاكمة ، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبهه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه لان القيمة انما ثبتت في الذمة حين التلف لانه قبل التلف يجب رده فاذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي

( مسألة ) ( وان لم يكن مثليا ضمنه في قول الجماعة )

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فقلق نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبذل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطاً يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصأنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البذل وإن نقص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لأنه صار بالخطأ مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كأسوة انغماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان نالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطاً من غير غصب فالما المنصوب فقد وجد من الغاصب مأمع المالك من أخذ حقه من التلبيات ممزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب

وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دحاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني إلا فكل فكسرت الاناء فقالت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال «إناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود وعن أنس أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تالفه لما ذكرنا ويكون في بلده من نقده لأنه موضع الضمان يعني يضمه في البلد الذي غصبه فيه من نقده ، ويخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أنه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوته عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب والاولى أولى. قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكة

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب فدفعت أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما .

( الضرب الخامس ) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجوع عليه بمثله لانه صار كالهالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

( فصل ) وإن غصب ثوبا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام ( أحدها ) أن يصبغه بصبغه له ( الثاني ) أن يصبغه بصبغ للمنصوب منه ( الثالث ) أن يصبغه بصبغ لغيرهما والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال ( أحدها ) أن يكون اثوب والصبغ بجاهلها لم يرد قيمتها ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما ثبتت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المنصوب باقياً وتضرر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالب بها يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وإنما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

( فصل ) وقد قال الحرقى فيمن غصب جارية حاملا فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الحرقى على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي، فعلى هذا اذا تلف المنصوب لزم الغاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تضرر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الغاصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الحرقى محمول على ما اذا اختلفت القيمة لمعنى في المنصوب من كبر وصغر وتسخن وهزال ونسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مضمونة في الحال التي زادت فيها والزيادة لما لكها مضمونة على الغاصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرض نفصلها

منها خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبيع عشرة فهما شريكان لان الصبيع عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعاه فتمتعه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة انشاب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبيع في السوق فلزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زاد بالعمل فلزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبيع وما عمله في المصنوع المصنوع منه اذا كان أثر أو زيادة مال الغاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضممه الغاصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لانه بتعديده فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله لما لا شك ولا شيء للغاصب لان النقص حصل بعد وانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبيع سبعة، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبيع فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبيع ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبيع سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبيع ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبيع لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الغاصب قلم الصبيع فقال أحبا بناله ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كالأرض غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ماسقطت بالرد كزيادة السمن قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب إلا أن الخللا قال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبرأ تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيمته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لثلاثي يفضي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرش ذلك ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمائها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة ربا كالبيع وكالتقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنها تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالآواني وحلي الرجال المحرم



بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفيه وظاهر كلام الخرقى أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراراً بالثوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض . وان اختار المنصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان ( أحدهما ) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض ( والثاني ) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض ، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع ، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يتمتع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض ، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب لئلا يملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً

( مسألة ) ( فان كان محلي بالتقدين معاقومه بما شاء منها )

للحاجة وأعطاه بقيمته عوضاً لثلاث يفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لانها قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمهما بأحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكانت الخيرة اليه في تقويمه بما شاء منهما ، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد التقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منهما منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفاً بهذه الصفة كقيمتها في بيعه والله أعلم .

( فصل ) وقد ذكرنا ان ما تماثل أجزاءه وتتقارب كالاثمان والحبوب والادهان يضمن بمثله وهذا لا خلاف فيه ، فأما سائر المكييل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكييل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المغزول فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكييل والموزون

( الجزء الخامس )

( ٥٥ )

( المغني والشرح الكبير )

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المغصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولا نه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه لئلا يملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغراس قيمة الارض لئلا يملكها في هذه المواضع وان وهب الغاصب الصبغ لئلا يملك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الحارقي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فغصبه فبذلت له نصفه مصبوغاً لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ماله فلا يملك الغاصب منه من بيع ماله بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لانه متعدد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه

(القسم الثاني) أن يغصب ثوباً وصبغاً من واحد فيصبغه به فان لم تزد قيمتهما ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للغاصب ولانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لانه بتعديده وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه (القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان

وذكر القاضي ان النقرة والسبيكة من الأثمان والغنم والرطب والسكرى انما يضمن بقيمتها، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإلما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اتلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وقيل لا يلزمه أرش النقص)

اذا غصب شيئين بنقصهما التفریق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصها فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كما انقص لتغير الاسعار .

ولما أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشقه ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو امكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر مالها وإن زادت فالزيادة لها وإن نقصت بالصبيغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبيغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع به على الغاصب ، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبيغ أو لنقص سعرها لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبيغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمها حكم مالو صبغه الغاصب بصبيغ من عنده على ما مر بيانه ، وإن غصب عملاً ونشأ وعقده حلواء فحكمه حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) أنه متى كان للمنصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الأثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجريء أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمن» رضائها على الغاصب ولا نه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالانلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الانلاف كالأعيان ولأنه أتلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت مثل أن غصب ثوباً قيمته عشرة فنتقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرش نقصه لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) فإن غصب ثوباً أو زياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة فعليه أرش نقصه ، وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعاً مثل أن أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الأجرة وأرش النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال كشوب ينقصه السر نقص بشمره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وإن كان النقص بالاستعمال كشوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر أو أرش النقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعاً وجباً كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمنصوب بالإجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضية باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره ولو أكرهها عليه لزمه مهرها والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فأما النخيل والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يظأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تتلف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل) اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لان الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذنه مالسكه، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تقرير فاذا ضمن الغاصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فان كان الغاصب قال له كله فانه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك ففيه روايتان (احدهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحارقي لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تلف الاجزاء. وان لم يكن المنصوب أجرة كثوب غير مخيط فليس على الغاصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المنصوب عند الغاصب ثم باعه فتلّف عند المشتري فله تضمين من شاء منها إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه. فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النقص الى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه الى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى يوم تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقى على الغاصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منها على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا فابق أو فرسا فشرّد أو شيئاً تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً فعجز عن رده مع بقائه كعبد أبق فللمنصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المنصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدها الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الغاصب، وأنها استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجع عليه، وان أطعم المغصوب لما ملكه فأكله علماً أنه طعامه بريء الغاصب وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعمي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وان كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك إياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعه فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علقه لدوابه ويتخرج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير ملكه فانه يستقر الضمان على الآكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة، وان وهب المغصوب للملك أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليماً صحيحاً تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسلت لنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالايجاب والاتباع يوجب الضمان، وإن أقرضه إياه بريء أيضاً لذلك

عينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمن فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيت به زيت.

وانا ان المغصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمن كالتالف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده. اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المغصوب رده ونماء المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله يجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم منه رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة البيع المردود بعيب، وان كان البدل تالفاً فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال.

(مسئلة) (وان غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصور ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض اصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع البدل لان العصور تلف بتخميره فوجب ضمانه فان



وان أعاره إياه بريء أيضاً لان العارية توجب الضمان، وان أودعه إياه أو أجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقتصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون طالما بالحال لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبر فمهما أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المنصوب ولا يثبت لاحدهما فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقيم عليه به حجة كالم ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البيعة بالصفة ثبتت وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبح زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد معيماً فقال الغاصب كان معيماً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خيراً ثم قال صاحبه تحلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المنصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

عاد خلا كان كما لو هزلت الجارية السمينه ثم عاد سمها فانه يردها وأرش نقصها ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمنا فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أثماً فطالبه مالكمها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الاثمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المنصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد الغصب وان كان من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبته بمثله لانه لا ضرر على الغاصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمتها في بلد الغصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المنصوب أو المثل في بلد الغصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق.

(فصل) قال رضي الله عنه ( فان كانت للمنصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكي عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجتريء أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لأنه أعلم بذلك وتعدر إقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببطله لأنه تعدر رد العين فلزم بدؤها كالمو غصب عبداً فأبى وقيل ليس له المطالبة بالبطل لأنه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقا فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه

(فصل) وإذا باع عبداً فادعى إنسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وإن لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كالمو قامت به بينة وإن أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته لأنه حال يده وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبائع أحلافه ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العبد لأنه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كالمو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض، وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وإن كان إقرار البائع في مدة الخيار انتسخ البيع لأنه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه، وإن أقر المشتري وحده لم يرد العبد ولم يقبل إقراره

توقفه عن إيجاب الإجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة. واحتج من لم يوجب الإجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمن» وضمانها على الغاصب ولأنه استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا إن كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالأعيان ولأنه ألتف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم مغمصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمنصوب بالاجماع ولا يشبه الزنا لأنها رضية بالاتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داراً، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها قاما الغنم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها لأنها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يوطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولأنها لا تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعته لأنه لا عوض له لكن عليه ضمان نقصه

(مسألة) (وان تلف المنصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه) لأنه بعد التلف لم تبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو ألتفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان أقام البائع بينة اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بعثك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بيته لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان انكرام جميعاً فله احلافهما ان لم تكن له بينة قال أحمد في رجل يجد سرقة بعينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) وان كان المشتري أعقب العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا انفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجع على المشتري لانه أتلفه وان رجع على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

(مسئلة) (وان غصب شيئاً فعمجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته الى وقت أداء القيمة)

لان منافعه الى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الغاصب الحكيمة كالبيع وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الغاصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرها بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فلما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض نوائمه وزيادته له والحكم بطلانها يمنع ذلك

(مسئلة) (وان أبحر بالدرهم فالربح للمالكها)

اذا غصب أثماً فأبحر بها أو عروضاً فباعها وأبحر بغيرها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وإنما منعنا رد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيمة الاقسام على ما مضى

(فصل) واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى اني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالك فيلزمك رده علي لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فان كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعثك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو قبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لها وهي تكذبه وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المغصوب جنابة أوجبت القصاص فاقتص منه فضائه على الغاصب لانه قد تلف في يديه فان عفي عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الغاصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته كما يفديه سيده، وان جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وان عفي عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد فان زادت جنابة العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجنابة بها لانها المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه نماء ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لو وقع الخلاف فيه

(مسئلة) ( وان اشترى في ذمته ثم نقدها احتمل ان يكون الربح للغاصب )

وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الحنفي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها لثلاث يتخذ ذلك طريقاً الى غصب مال الغير والتجارة به وان خسر فهو على الغاصب لانه نقص حصل في المغصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وان كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يغره أحد وان لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد

(فصل) وان أجر الغاصب المغصوب قالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع والمالك تضمن أيها شاء أجر المثل فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة (المغني والشرح الكبير) (٥٦) (الجزء الخامس)

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببذله كما أن الرهن إذا أتلّفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الغاصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده جناية تستغرق قيمته يبيع في الجنائين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منها لأن الجناية كانت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب نصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه

**مسئلة** قال (من أتلّف لذي خمرراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظرونه)

ويسقط عنه المسمى في العقد وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكما تضمين من شاء منهما قيمتها فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الغارم لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وإن كان عالماً بالغصب لم يرجع على الغاصب لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الغاصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالغصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار وهو فاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كهوض الأجزاء

**مسئلة** (وإن اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب)

إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك إن اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأكثر الغاصب فالقول قوله لذلك فإن شهدت البيّنة بالصفة ثبتت

**مسئلة** (وإن اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبح زائدة أو عيب



وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الحر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً مسلماً أو لذي خمرراً فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانهما إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عيناً قومها كنفس الأدي وقدم خمر الذي بدليل أن المسلم يمنع من إئتلافها فيجب أن يقومها ولاها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه إن أهل الذمة يرون بالعاسر ومعهم الخمر فكاتب إليه عمر : ولوهم يبيها وخذوا منهم عشر ثمنها ، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق على صحته وما حرم بيعه لا حرمة لم تجب قيمته كالميتة ، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمترد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة ، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت في حقها وخطاب التواهي يتوجه اليها فثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت أراقنتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم أنها مال عندهم ينقض بالبعد المترد فانه مال عندهم ، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك فاقول قوله لأن الأصل عدم ذلك ، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب بعد تلفه فاقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب كان معيباً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فاقول قول الغاصب لأنه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ؟ فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا . وإن غصبه خراً فقال المالك تحلل عندك وأنكر الغاصب فاقول قوله لأن الأصل عدم تغيره وبراءة ذمة الغاصب ، وإن اختلفا في تلفه فاقول قول الغاصب إذا ادعى التلف لأنه أعلم بذلك ويتعذر إقامة البينة عليه فإذا حاف فللمالك المطالبة ببذله لأنه تضرر رد العين فلزم بدله كما لو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبذل لأنه لا يدعيه ، وإن قال غصبت مني حديثاً قال بل عتيقاً فاقول قول الغاصب لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه ، وإن اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

( مسألة ) ( وإن بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة )

لأنه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك أثم غصبها ولأن قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض الغصب أحاطهم بثواب الصدقة

عشر أمانها لأنهم إذا تابعوا وتقابضوا حكمتا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أماناً مجاز كما سمي الله تعالى  
 ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الحرقي وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهر وانه فلان  
 كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر وأخذها ونكاح ذوات  
 المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهره لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم  
 فيما التزمنا تركه، وما أظهره من ذلك تعين إنكاره عليهم فإن كان خيراً جازت إرافته، وإن أظهره  
 صلياً أو ظنبوراً جاز كسره، وإن أظهره كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار  
 ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وان غصب من ذمي خيراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم  
 ردها ووجبت إرافتها لان أبا طححة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بإرافتها، وإن  
 أتلّفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إن  
 الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالهيئة والدم، فإن أمسكها في يده حتى  
 صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم ما سلكه فلزم ردها اليه فان تلفت ضمنها له  
 لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب، وإن أراقها فجمعها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل  
 لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج ههنا مثله فعلى هذا له دفعه الى نائب الامام كالضوال  
 (فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلّف مالا محترماً لغيره ضمنه اذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافاً)  
 لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده

(مسألة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهب ضمه)  
 وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجها حتى ذهباً وقال أصحاب  
 الشافعي ان وقفاً بعد الحل والفتح ثم ذهباً لم يضمنها وان ذهباً عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجaban  
 لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ فاذا اجتمع لم يتعلق الضمان بالسبب  
 كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولما أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نقره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما  
 حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نقر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله  
 أو أطلق ناراً في متاع انسان فان للنار فعلاً لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه  
 ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه  
 على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوق فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير  
 فأفلس لانه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنقرها فذهباً

( نصل ) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الاتفاع به واقتناؤه فأشبهه المال وإن أتلفه لم يغرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا يجوز اجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فن قال بطهارته أو وجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ، ومن قال لا يظهر لم يوجب رده لانه لا سنيل الى اصلاحه فان أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمه لانه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه ، وإن دبره الغاصب لزم رده ان قلنا بطهارته لانه كالخمر اذا تخللت ، ويحتمل أن لا يجب رده لانه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وإن قلنا لا يظهر لم يجب رده لانه لا يباح الاتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الاتفاع به في الياسات لانه نجس يباح الاتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ .

( فصل ) وإن كسر صلياً أو من ماراً أو طنبوراً أو صنأ لم يضمه وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح واذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منفريها لان سببه أخص فاخص الضمان به كالدافع مع الحافر ، وإن وقع طائر انسان على جدار فنقره انسان قطار ام يضمه لان تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممتنعاً قبل ذلك ، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لانه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره .

( مسألة ) ( وإن حل وكاء زق مائع أو جامد فاذا ابتته الشمس أو بقي بعد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه ) اذا حل وكاء زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلاً أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي ، ولهم فيما اذا ذاب بالشمس وجهان قالوا الآن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشره فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا ان فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كالأخرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح انساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن وأما اذا دفعه إنسان فان المتدخل بينهما مباشرة من يمكن الاحالة عليه بخلاف مستثناً

( مسألة ) ( وإن ربط دابة في طريق فأتلفت أو اقتنى كلباً عقوراً فعقر أو خرق ثوباً ضمن ) اذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لانه متعدد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فزلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لانه غير متعدد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمه كالميتة، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخزير والاصنام» متفق عليه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعثت بمحق القينات والمعازف»

(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمها لان اتخاذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فان منها نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، قيل له أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه أحمد في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمه كالميتة. ورواية منها تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولان في هذه الرواية انه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان (احدهما) يضمها لانه مال يمكن الاتقاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعدد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما أتلف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكاناً.

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعدد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وأن دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان أتلف الكلب بغير العقور مثل ان وقع في إناء إنسان أو بال لم يضمه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراس الناس ضمن ما أتلفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماماً أو غيره من الطير فأرسله نهراً فلقط حياً لم يضمه لان العادة ارساله.

(مسئلة) (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احدهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجاً وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناء الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح العجاء جبار» ولانه أتلف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم.

(مسئلة) (وان أوجع ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فأتلفه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجمته أنه اذا فعل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفریط لانه غير متعد ولاها سرابة فعل مباح فلا يضمن كسرابة القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق لانه متعد بحله ولان الغالب خروج الثائم من الزق المفتوح بخلاف هذا، فان كان بتفريط منه أو اسراف بان أوجع ناراً تسري

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خرر ولأن جعل الحجر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر ( والثانية ) لاتضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مرزوق عن حمزة ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطاها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الحجر قد جلبت من الشام فأخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمشوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خرر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً الا شققته. وروى عن أنس قال كنت أسقي أباطحة وأبي بن كعب واباعبيدة شراباً من فضيخ فأتانا آت فقال ان الحجر قد حرمت فقال أبو طلحة قم يا أنس الى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لكثرتها أو في ربح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي فتح الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يمس النار أغصان شجرة غيره يضمن لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمن لان دخولها اليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

( فصل ) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فان لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لانه محفوف بنفسه إلا أن يكون غير متمتع فهو كالثوب وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

﴿ مسألة ﴾ ( وان حفر في فئائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ) والقضاء ما كان خارج الدار قريباً منها ( إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولا وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الاتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في العقود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفرة في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصالحهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وإنما جاز الاذن في العقود لانه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال اشبه العقود في المسجد ولان العقود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر



(فصل) ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالانلاف وان أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال، وان استعمله مكرها لزمه أجر مثله لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وان حبسه مدة لثما أجر فقيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد ■ (والثاني) لا يلزمه لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

### ❦ مسألة ❦ (وان حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لأنه محسن بفعله غير متعد أشبهه بأسطاحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن إذا كان باذن الامام وان كان بغير اذنه لم يضمن في إحدى الروايتين فان أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن والثانية يضمن أو ما إليه أحمد لأنه اقتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية، والصحيح الأول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تقويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث وأشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بني بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناء لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله اذن الامام وعدم الاذن قال شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فحفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويمسكها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القنابر ويحتمل أن يعتبر اذن الامام فيها لان مصلحته لا تعم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لان الجناية بالحفر

( فصل ) وام الولد مضمونة بالنصب وهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الثراء فأشبهت الحر ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالنصب كالقن ولانها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحرية فانها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

( فصل ) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال ابو حنيفة وانشافعي لاضمان عليه الا ان يكون اهاجها حتى ذهابا . وقال اصحاب الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهابا لم يضمنها وان ذهابا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ فاذا اجتمع لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعثقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما فاسوا عليه لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وهما حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

( مسألة ) ( وان بسط في مسجد حصيرا أو علق فيه قنديلا أو سقفه أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رقا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه ) وقال اصحاب الشافعي ان فعل شيئا من ذلك بغير اذن الامام ضمن في أحد الوجهين وقال ابو حنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولانه فعل ما ينتفع به المسلمون غالبا فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفا لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن قاعله كالمأذون فيه نطقاً

( مسألة ) ( وان جلس في مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين ) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعدل على أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق انما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فعلا مباحا، وقولهم ان الطريق انما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

( مسألة ) ( وان أخرج جناحا أو ميزابا الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن ) وجملة ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا أو ساباطا فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه المخرج وقال

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر واهاج الدابة أو اشلى كلبا على صبي فقتله أو اطلق ناراً في متاع انسان فان النار فعلا لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فاذا ازيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من ازال المانع كمن قطع علاقة فتدبل فوقه فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو اسير فأقلت وان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لان سببه اخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه الى الهواء الطريق فضمنه كالمبنى حائطه مائلا الى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولانه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بعدوانه فضمنه كالمبنى وضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لانه لو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات، ولان هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأتلف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولا تنال لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ونصفه بجمعها، وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما أتلف به وان كان باذنهم فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه (فصل) وان أخرج ميزاباً الى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شيء فأتلفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ما أتلف به كالمبنى أخرجه الى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقصف الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لانه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئاً يضر به أشبه ما أخرجه الى ملك آدمي بغير اذنه، فأما ان أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه فهو متعد ويضمن ما أتلف به لاننا لم نعلم في ذلك خلافاً

(مسألة) (وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأوماً في موضع انه ان تقدم اليه لنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

اذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل الى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما أتلف به لانه لم يتعد بينائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وان مال قبل وقوعه الى ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه أيضاً لانه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل وقوعه الى هواء الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه لم يتعد بينائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فان أمكنه نقضه ولم

لان تنقيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممتنعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تنقيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الارض أو كان جامدا فذاب بشمس لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيما اذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله او مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن، وأما

بنقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناء في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه ما لو وقع قبل ميله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجه آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لانه متعدد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولانه لو وجب الضمان به لم تشتط المطالبة به كما لو بناه مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان بلحق الجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم إسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتبها ومستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقص وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقص الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أمكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن اذا أمكنه فكذلك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقص، وان كان

ان دفعه انسان فان المتخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مسئلتنا ولو كان جامدا فأدنى منه آخر نارا فأذا به فسال فالضمان على من أذا به لان سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المنقر مع فاتح القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا فاسد لان مدني النار الجأه الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفعه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعاً ثم ان الحد يدراً بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذا به أحدهما أولاً ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لان التلف يعقبه وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر فكندسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التدكيس على المنكس وما قبله على الفاتح لان فعل الثاني أخص كالجارح والذابح (فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص

المالك محجوراً عليه اسفه أو صغر أو جنون فطوب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلاً للمطالبة وان طواب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالموكيل مع الموكل وان كان المالك مشتركاً بين جماعة فطوب أحدهم بنقضه احتمال وجهين أحدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنه فهو كالعاجز والثاني يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبتة شركاهه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفراطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن المالك الذي مال اليه دون غيره، وان كان لجماعة فأبهم طالب وجب النقض بمطالبتة كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طوب ثم اجله صاحب المالك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان المالك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ ببراءته وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يحش سقوطه اكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف أشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلاً الى الطريق أو الى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء أتلفه ضمن تعديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلاً فسقط على شيء فتلف به فلا



(فصل) اذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقته أو سقى أرضه فزل الماء الى أرض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفریط لانه غير متعد ولا لها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لانه متعد بحمله ولان الغالب خروج المانع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره وان كان ذلك بتفریط منه بأن احيى ناراً تسري في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وان أوقد ناراً فايست أغصان شجرة غيره ضمنها لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء (فصل) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائنه لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقصه وكذلك ان وهبه واقبضه وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، واذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فائدة على عاقلته فان أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان انكروا مطالبة بنقصه فالحكم على ما ذكرنا وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

(مسئلة) (وما ألفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد قد يضمن ما جنت يدها أو فيها دزن ما جنت رجلها) اذا ألفت البهيمة شيئاً فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «العجاء جرحها جبار» يعني هدرأ فاما ان كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فانه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جنابة بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ «والرجل جبار» رواه سعيد باسناده عن الهزبل بن شريحيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جنابة غيرها ولانه يمكنه حفظها من الجنابة اذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جنابة بهيمة يده عليها فضمنه كجنابة يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عايه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبجها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكانت عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائتها وقائدها لانه السبب في جنايتها (فصل) فان كان على الدابة راكباً فالضمان على الاول منها لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منها صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتماعهما، وان كان معها أو مع أحدها راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفاً، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه (فصل) والجلل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهراً) يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالها ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد اذا جنى، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «العجاء جرحها جبار» يعني هدر أو لانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن حيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالتهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلاً فهو مشهور حدث به الامة الثقة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرساها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، واذا استعار من رجل بهيمته فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضانته على المستعير سواء أتلقت شيئاً لما لكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلفت نهراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض اصحابنا انما يضمن مالها ما اتلفته ليلاً اذا فرط بارسالها ليلاً أو نهراً او لم يضمنها بالليل او ضمها بحيث يمكنها الخروج اما اذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه او فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي بحمولة على موضع فيه مزارع ومراعي اما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين (١) كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي .

(١) كذافي الاصل

(فصل) فان اتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالها ما اتلفته ليلاً كان أو نهراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح انه قضى في شاة وقمت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نقشت فيه غم القوم) قال والنفس لا يكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهراً لتفريطه بارسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «العجاء جرحها جبار» متفق عليه اي هدر واما الآية فالتلف هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها الى اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) اذا استعار بهيمة فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضانته عليه سواء كان المتلف لما لكها او لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لان اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كالمتعير، وان كان الزرع المالك وكان ليلاً ضمن ايضاً لان ضمان اليد اقوى بدليل انه يضمن في الليل والنهار جميعاً (مسئلة) (ومن صال عليه آدمي او غيره فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه لانه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتالها اجماعاً ولا يضمنها اذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وقال ابو حنيفة يضمنها لانه اتلف مال غيره لاجزاء نفسه فضمنه كما مضطرا اذا اكل طعام غيره و كذلك الخلاف في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل

ولنا انه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كما العبد ولا نه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالأدمي المكلف ولانه

فالتفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها للزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير، وان كان الزرع للمالك فان كان ليلاً ضمن أيضاً لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه العبد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه مالو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها وفارق المضطر فان الطعام لم يلجئه إلى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله لياً كله في الخمصة وجب عليه الضمان وغير ذلك كلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إبادة نفسه قلنا : والمكلف لا يملك إبادة نفسه ولو قال أبحث دمي لم يباح مع أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسألة) (وان اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كاللوتين في بحر أو ماء واقب فان كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عايمهما، وقال الشافعي : يضمن في أحد الوجهين لانهما في أيديهما فضمننا كما لو اصطدما فارسان لغلبة الفرسين لها

ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فاشبه الصاعقة إذا نزلت فاحرقت سفينة ويخالف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وان كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تفریط القيم ولا يبينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاء الله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال والخيال وغيرها

(مسألة) (وان كانت احدهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه ريح

فلم يقدر على ضبطها)

مقى كان قيم المنحدرة مفرطاً فعليه ضمان المصعدة لانها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لعرقها فتزول المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة منزلة الواقف إذا اصطدما وإن عرقنا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو ارش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا ان يكون التفريط من المصعد بان يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالغصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر انه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما « وان شهد احدهما انه اقر بالغصب يوم الخميس وشهد والاخرى سائرة فلا شيء » على الواقعة وعلى السائرة ضمان الواقعة إن كان القيم مقرطاً، فلا ضمان عليه اذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الغرق فالتى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد لانه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره، وان القى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره القى متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلتزم ضمانه، وان قال القه وأنا ضامن له أو على قيمته لزم ضمانه لانه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلى ثمنه. وان قال القه وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاء ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه التزم ضمان جميعه فلزمه ما التزمه « وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وانما أخبر عن الباقيين بالضمان فسكتوا وسكتهم ليس بضمان « وان التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل، وان قال القه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وان قال القى متاعي وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال القى متاعك وعلى ضمان نصفه وعلى أخى ضمان ما بقي فالقاء فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يفرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الاحرار على عاقلته وان كان عمداً خطأ مثل ان اخذ السفينة بصلح موضعاً فقع لوحاً أو يصلح مسيراً فنقب موضعاً فهو عمداً خطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلاً مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يردده فاشبهه بالورمى صيداً فاصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فالتلفها فهو عمداً خطأ فيه ما فيه

﴿ مسألة ﴾ (وان كسر مزماراً أو طنبوراً أو عالياً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ماله قيمة، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن « وقال أبو حنيفة يضمن .



الآخر أنه أقر بيعه يوم الجمعة ثبتت البيعة لأن الإقرار وان اختلف رجع الى امر واحد، وان شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البيعة أيضاً، وان شهد له واحد

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمه كالمينة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخزير والاصنام» متفق عليه، وقال عليه الصلاة والسلام «بعت بمحق القينات والمعازف»

### مسئلة (وان كسر آنية ذهب أو فضة لم يضمها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انه يضمن فان منها نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريق فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، ف قيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروذي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمه كالمينة ورواية منها تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية منها أنه قال يصوغه ولا تحل صناعته فكيف تجب؟

### مسئلة (وان كسر اناء خمر لم يضمه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمدينة وهي الشفرة فأتيتها بها فارسل بها فارهفت ثم أعطانها وقال «اغد علي بها» ففعلت فخرج باصحابه إلى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فاخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر اصحابه الذين كانوا معه أن يمشوا معي ويعاونوني وامرني ان آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته وواه أحمد وروي عن انس قال كنت اسقي ابا طلحة وابي بن كعب و ابا عبيدة شرابا من فسيخ فأنا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال ابو طلحة قم يا انس الى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمها كسائر المباحات (والثانية) يضمها إذا كان ينتفع بها في غيره لأنها مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالميت الذي جعل مخزنا للخمر

### (فصل) إذا غصب ارضا فحسبها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت

محوطة كالدائر والبستان المحوط عليه لم يحز دخولها لغير مالها الا باذنه لان ملك مالها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده . قال احمد : في الضيعة تصير غيبة فيها سمك لا يصيد فيها احد إلا باذنهم وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال احمد : لا بأس برعي الكلا في الارض المنصوبة وذلك لان الكلا لا يملك بملك الارض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المردوي في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه لان دخوله عليها تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد

وحلف معه ثبت الغصب فلو كان الغاصب حلف بالطلاق انه لم يغصبه لم نوقع طلاقه لان الشاهد  
اليمين بينة في المال لا في الطلاق والله اعلم

## كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يدمن انتقلت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع  
اما السنة فما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع  
زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم  
ونقل المردوي عنه أكره المشي على العبارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور  
الماء لا المشي عليها، قال أحمد لا يدفن في الأرض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنهم وقال  
أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رحمه إلى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه  
أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهبي عنه فكان البيع فيه محرما  
ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم بحماهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنعهم القعود  
فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بى  
داراً وجمع الناس اليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه  
من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صححت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي  
عبادة فاليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني  
بين مالهما والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته أما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب  
الاول لانه ربما طالب بها فادعاهها مسلماً باليد والا فلا واجب ردها على مالهما وقد صرح بهذا في رواية  
عبد الله في رجل استودع رجلاً الفأجاء رجل الى المستودع فقال ان فلانا غصبنى الاتف الذي استودعك  
وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

## باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انزاع حصة شريكه من يدمن شريكها وهي ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فاروى  
جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق  
عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم رجة أو حائط لا يحل له أن يبيع  
حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به وللبخاري: أما جعل  
رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه وسلم قال: **أقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه** فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به. والبخاري: **أما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم** فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. وأما الإجماع فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخلصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضراراً بآرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لخالفته الآثار الثابتة والإجماع المتعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقام فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فإن الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخلصه مما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة فإن في ذلك إضراراً بآرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء لخالفته الأحاديث الصحيحة والإجماع المتعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فإن الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفع يزيد المبيع في ملكه

(مسئلة) ولا يحل الاحتيال على إسقاطها فإن فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم (ولا تجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجملة ذلك ان الشفعة تثبت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاء منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم لكن اثبتها الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط اربعة (احدها) ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمرو وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وابو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاق من درب آخر خاصة، وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بصقبة (١) «رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن ممرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل  
بالصاد وفي صحيح  
البخاري بالسين  
ومعناه القرب يعني ان  
الجار بسبب قرب به أحق  
بالشفعة

وهذا قال أبو أيوب وأبو خزيمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر من يخذع الله يخذعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشياء هذا فان وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقيمة الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يحز كما لو يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحد» وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك يدوم وينأى بد فتثبت الشفعة به كالأشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سعدة أو عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسبب والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلتها \* لأأم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقيّة الأحاديث في أساسها مقال فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي رويناه وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن أن يسبق فليس بمقار» وأما أن يسبق فهو مقار» رواه أبو داود وغيره فجعل إدخال الفرس الحلال قاراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى الحلال فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقهما وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لعن الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحياهم فانه روي عنهم أنهم كانوا ينصبون شباً لهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جباباً ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعوها إلى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئاً فمسخهم الله تعالى بحياتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خافها وموعظة للمتقين) قيل يعني بهامة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليتعظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولأن الحيلة خديعة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تحل الخديعة لمسلم ولأن الشفعة وجعت لدفع الضرر فلو سقطت بالحيل لذهب الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري عنه بالوقف



الاحاديث فيها مقال على أنه يَحْتَمَلُ أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فانك طالق \* كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لا اشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك كذبت بين جارتين لي فضربت احدهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من هرواحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومني فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يخلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي إنما هذا لان يمين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لا على التحريم لانه يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى (فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) ثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً وقد دل عليه

والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولاً فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنيته وحاله ، اذا ثبت هذا فان الغرر في صورتين الاوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة مائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفاً فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الغرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الغرر على المشتري لانه اشترى شقة بأقيمتها مائة بألف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على الباديء منها بالهبة لانه قد لا يهب له الا آخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطأ عليه لان صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ فمعه فواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) (ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما اتفق بغير عوض بحال) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المتقل بهبة أو صدقة وبأخذه الشفيع بقيمتها وحكي عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالمتبذون ضرر المشتري لأن اتمام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم أربعة أوحائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار (القسم الثاني) ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والغراس. ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبد دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض وأما ما يعم مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروى عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا لا شفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لعدم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فإنزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا

﴿مسألة﴾ (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصالح عن دم العمد في أحد الوجهين)

المتقل بعوض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصالح بمعنى البيع والصالح عن الجناية الموجبة للعمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لأن ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضاً لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يقتصر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عند فهم فإنه ينفرد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن

«الشفعة فيما لم يقسم» ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم ابلغ منه فيما ينقسم ولان ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال «الشفعة في كل شيء»

ولنا أن قول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم» فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض بدليل قوله «فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولان هذا مما لا يتبقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف (١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فخكها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سنذكر. ويحتدل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء مفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتدل ثبوت الشفعة لان له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيقة والعراض الضيقة فمن أحد فيهما وإتان (أحدهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعه والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

يجعل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الحارثي لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه عقار مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الاول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يتمتع أخذه بمهر المثل لا تنا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضررنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة ويمتنع أخذه بالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه، فان قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم فيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لانه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع. فاما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن (المغني والشرح الكبير) (٥٩) (الجزء الخامس)

(١) بتشديد الراء

والثوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما يقسم» وسائر الالفاظ العامة، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لا يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في ردوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا حقل ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لاجل انشفيح فيتضرر البائع وقد يتمتع البائع فنسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده، قلنا الا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حتما فان الشفعة محبة فيه، وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شيء كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصفين وجبت الشفعة أيضا لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها يسم فثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيها شاء، وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها (فصل) فاذا جنى جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الاخذ بها تبعض للشفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيقاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقل أبو حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا تقع فيه فأشبهه ماله أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيق وأما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتمينت الدية فكان الجميع عوضاً عن مال.

﴿مسئلة﴾ (الثاني) أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فيقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لمجاوره فيه )

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفر دكل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يمكن من إبقائها حتى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لاحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً لأن إثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان عمره ألا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجب فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يباحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تقويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهلين الجار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود مقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً منتقلاً بعوض وأما المنتقل بعرض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية أو الارث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وأبو الزناد وربيعة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبه» رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفعته بداره ينتظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» وقال حديث حسن ولأنه إيصال ملك بدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنها قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع



مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذ الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فالتزاع منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. ولنا انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا. فالمنتقل بموض فينقسم قسمين (أحدهما) ماعوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فان باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصالح بمعنى البيع والصالح عن الجنائيات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقاضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فانه

فلا تثبت فيه • وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

\*كوفيه نازح محلها لا أم دارها ولا صقب\*

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وقيامته ونحو ذلك • وخبرنا صحيح صريح فيقدم ببقية الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناہ وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لا شريكتيها في الزوج • قال حماد بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنيتها، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً. إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة. وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه،

بمقتضى النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الحرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لانا لو أوجبت مهر المثل لقومنا البضع على الجانب وأضررنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساح الناس فيه في العادة بخلاف البسم وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد ان كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لانه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بمقد معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يتمتع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، ولانه ليس له عوض يمكن الاخذ به فأشبهه الموهوب والموروث، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه فان قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد نفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن يمين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام احمد ههنا على الورع لا على التحريم لانه لم يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم الميسم فيما بينه وبين الله تعالى

( فصل ) ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كالحمائم والصغير والبر والطرقت الضيقة والرحى الصغيرة والعضادة والعراض الضيقة في إحدى الروايتين عن احمد وبه قال يحيى الانصاري وسعيد وربيعة والشافعي . والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح ، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر النصوص العامة ولا ن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رموس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بر ولا فحل ، ولان إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لانه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يتمتع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال ان الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، قولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من

وان طلقها بعد أخذ الشفع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته، وان طلق قبل علم الشفع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفع مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفع اخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقاله رواية أخرى أنها بيع فثبتت فيها الشفعة وهول قول أبي حنيفة ، فعلى هذا لو لم يعلم الشفع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جنى جنائتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبعض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجب فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجب فيها تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصا وسيفاً وهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق ، فاما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبرق يقسم بئر يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما ما لا يتمكن به من ابقائها رضى لم تجب الشفعة ، فاما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق ، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان ممراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجب فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال

يبطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا ما لا نفع فيه فأشبهه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع تفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شفعين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال

( فصل ) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها او لا أحدها وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أولها لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يحز كما لو كان الخيار للبائع فاننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع عليه في لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفريق صفقة وأخذ بعض المبيع من المقار دون بعض فلم يحز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها ، والقول في دهليز الدار وصححه كالقول في الطريق المملوك ، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح انه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر **مسألة** ( ولا تجب فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن

الغراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في احد الوجهين )  
وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

( أحدها ) تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار ( القسم الثاني ) ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولها لانه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والغراس

عين مالها وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفعين فإن باع الشفعين حصته في مدة الخيار علماً ببيع الأول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الأول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر أنه يثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منهما وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب أن لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الأول وللمشتري الأول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفعين من مشتريه لأنه كان شريكاً للشفيع حين بيعه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع بشئ المثل سواء كان لوأرث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوأرثه لأنه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجز عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتين في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما بيعه بالحباة فلا يخلو إما أن يكون لوأرث أو لغيره فإن كان لوأرث بطلت الحباة لأنها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوأرث لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقباش الدار وعكسه البناء والغراس، يحقق ذلك أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري، فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض فإن بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان بمن ينقل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أولاً ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعه واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن أحمد أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لعدم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرب فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «الشفعة في كل شيء» ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض لقوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»



فلم يصح في بيعه كما لو قال بعثك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كنفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لان البطالان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فان أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب اذا رضيه الشفيع بعينه ( القسم الثاني ) اذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بها بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخساً وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يتباقي ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في انغراف والدولاب والناعورة كالحكم في البناء، فأما ان يبعث الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرارات تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان يبعث حصّة من علودار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلوانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء مفرد لكونه لأرض له فهو كالم يمكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السفلى

(فصل) (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه ، وقال القاضي له طلبها في المجلس

وان طال فان أخر الطلب سقطت شفعتها )

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في جديده قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى بعفو أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الآن ما لا كآ قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، ويان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لا تنا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا الى اثبات حتى اوارثه في الحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقات الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاؤه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا، ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (الثالث) أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إيصال الحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل بطلان فرع له، وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث الحاباة إنما حصلت لغريمه ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للعحابة لان الحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر الحاباة وهذا فاسد لانها محابة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو ملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يقتصر الى حكم حاكم وهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالايجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل للملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى واثوري ان الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث حدها خيار الشرط فصاحت حدا لهذا الخيار

ولنا ما روى ابن الساماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الشفعة كحل العقال» رواه ابن ماجه وفي لفظ «الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فالقول على من تركها» وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمتنع من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لادليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب اذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو حنيفة فتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالجلس بل متى طالب عقيب علمه والا بطلت شفيعته وهو ظاهر كلام الحرقى وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخرج المطالبة عن وقت العلم ان غير عذر بطلت شفيعته وان أخرجها لعذر مثل أن أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو آخرها لطهارة أو اغلاق

ماله الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كآخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فلا يملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه يبيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه وقولهم يملك بالمطالبة بمجرد ما لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولو جب أنه اذا كان له شفيعان فطلب الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمفهور لا خيار له ولا أخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه يبيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائع أخذه منه وكان كآخذ من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع

باب أوليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وستنها أوليشهدا في جماعة يخاف فومها لم تبطل شفعتها لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضر أعنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبة من غير اشتغاله عن اشغاله فان شفعتها تبطل بترك المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فامام غيبته فلا فان العادة تقديم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها لانه طلب بحكم العادة ، واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك الشئ في الحديث « من بدأ بالسلام قبل السلام فلا تحيوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة عينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جملة الدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا فان اشتغل بكلام آخر أو سكت اغير حاجة بطلت شفעתه لما قدمنا

(مسئلة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سار في طلبها فعلى وجهين)

متى نلم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفעתه سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طاب وهو ظاهر قول الخرقى وهو وجه

العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقة من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبهذا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة (فصل) إذا أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقة من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ووجه الأول أن البائع أقرب بحق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع حكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون الهدية عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الثمن وضمان الهدية وقد حصل من البائع فلا فائدة في الحكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا ادفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منه في قبوله من غير غريمه وههنا

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يسيّر لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالأشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كشارك الطلب مع الحضور وقال القاضي إن سارع قيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير أشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يطلب أو يبعث بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهبا وجائيا لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الأول

(فصل) فإن أقر الطلب بعد الأشهاد مع إمكانه فظاهر كلام الحارثي أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل إذا قدر على السير وآخره وإن لم يقدر على السير وقد قدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضا لأنه تارك للطلب بهما مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفعته لأن له غرضا في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقراره فكان معذورا

ولنا أن عليه في السفر ضررا لا التزامه بكلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيته

بخلافه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادّعى البائع أو المشتري دفع إليه لانه لا أحدهما وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً أما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما للمشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

### (مسئلة) قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والغنيري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي

والتوكيل أن كان يجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته فاكنتفي بالأشهاد فاما أن ترك السفر لم يجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجهاً واحداً لانه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) تجب الشفعة للغائب في قول الأكثرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العملي والبتي الألفائيب القريب لأن اثباتها يضر بالمشتري وينع استقرارها كما وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت كما لا يثبت للحاضر على التراخي ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجديبيه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالارث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يدفع بإيجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وإن طال غيبته لانه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم حكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحق والابطال شفيعته، وحكم المريض والمحسوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

(مسئلة) (فان ترك الطلب والأشهاد لم يجزه عنها كالريض والمحسوس ومن لا يجد من

يشهده لم تبطل شفيعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح ، وإن كان المرض



لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكا قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كدشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن ركت فاللوم على من تركها» وروى عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن وأمنها» رواه الفقهاء في كتبهم لانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور خيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويعنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحك لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول أبي حنيفة فتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالتبض حالة العقد. وظاهر كلام الحارثي أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر

يمنع المطالبة كالحمل وأشباهها فهو كالتائب في الأشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظلماً أو بدين لا يمكنه أدائه فهو كمريض وإن كان محبوساً بحق يلزمه أدائه وهو قادر عليه فهو كالمطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفيعته

(فصل) فإن عجز عن الأشهاد في سفره لم تبطل شفيعته بغير خلاف لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الأشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب بالشفعة إن كان لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لعذر سقطت لأن الأشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على أشهاد من لا تقبل شهادته كالمراة والفاسق فترك الأشهاد لم تسقط شفيعته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم يلزم شهادتهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفيعته لا تبطل لأن أشهاده لا يفيد فأشبهه أشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل لأن شهادتهما يمكن اثباتهما بالتركية فأشبهه العدلين، ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدا لم تبطل شفيعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبهه العاجز عن الأشهاد وكذلك إن لم يقدر إلا على أشهاد واحد فأشبهه أترك أشهاد

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفעתه، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكره يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا حتى آخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفעתه، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب. أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فونها لم تبطل شفעתه لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفעתه تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه. فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة. وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تحيبوه» ثم يطالب وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكث لغير حاجة بطلت شفעתه لا قدمه (فصل) فإن أجبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في الميسم أو أن المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفעתه) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك إن ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك إن كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو أنهما تباعا بدنانير فبانت بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحبا إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لأنهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبه الثياب والحيوان ولأنه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيترك لعدم ملكه وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة لإنسان دون غيره وقد يحابي أنساناً أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولها حجة تثبت بها الحقوق . وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفעתه . وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وانكاره ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبه الحر (فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك ، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيت ترك لذلك فلم تسقط شفעתه كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفעתه لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان الخبر ممن يقبل خبره أولا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون ، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يخاف ما سامت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة ■ لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك ان أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنها تباعا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباها ان كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانها كالجنس الواحد

ولنا أنها جنسان فاشبهها الثياب والحيوان ولأنه قد تملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فتركه لعدم مملكه، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة إنسان دون غيره وقد يحابي إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو انه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه هو أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه، فاما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو انه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وفارق الشهادة فإنه يختلط لها باللفظ والجاس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسيق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا ان هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والنقصان وهذا مما عداها فأشبهه الحر

(مسئله) (وان قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو فاستمني بطلت شفعته)

لأنه يدل على رضاه بشرائه وتركه الشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضا وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض بأسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبيعه ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك فجاز كإخذ العوض عن تملك المرأة أمرها

شفعته لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى  
(فصل) وان لقيه الشفيح في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي  
فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك  
المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة  
أو نسيت البيع سقطت شفعته لانها خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالعيب وكما لو أمكنت  
المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبهه ما لو تركها  
لعدم علمه بها وان تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت كارد بالعيب

(فصل) واذا قال الشفيح المشتري يعني ما اشتريت أو قاسموني بطلت شفعته لانه يدل على رضاه  
بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض  
باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضاً فيثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم  
يبرهه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضاً أولى ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين  
فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة  
ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يحجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله وأما  
الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيح في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي  
فيه البيع أو المبيع أو لا أخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك  
المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر  
المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالعيب وكما لو  
أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبهه ما لو تركها  
لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً لاستحقاقه لها اذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كارد بالعيب ويحتمل ان  
لا تبطل كما اذا ادعت المعتقة الجاهل بملك النفس

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفعته) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيح في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء توكل للبائع أو للمشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل  
البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشتري وقال



ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يحز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وان قال أخذ نصف الشقص سقطت شفعته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها اطلب بجميعها لكونها لا تتبعض ولا يجوز أخذ بعضها ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيةا لانها لا تتبعض ولا يصح ما ذكره فان طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا تتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالكساح، ويخالف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعناق

(فصل) وان أخذ الشقص بثلث من موصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لانه بالعقد استحق الشقص بثلث ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبهه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئا آخر ونقديه ثمنا موصوبا (والثاني) تسقط شفعته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه علما بذلك سقطت شفعته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضا لانها استحققت بجميعة فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لاشفعة لو كيل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه لو كيل فلا تسقط شفعته كالأجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الا خذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه فلم يؤثر كماله وكله في الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسئلة) (وان جعل له الخيار فاخترامضاء البيع فهو على شفعته)

اذا شرط للشفيع الخيار فاخترامضاء العقد أو ضمن العهدة المشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فأشبهه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه

ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان وبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسئلة) (وان أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبع فليسقط جميعها بسقوط بعضها كالكاح والرق وكما لو عني عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسئلة الأولى وفي الثانية إذا قلنا تسقط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماء وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالمبيع الأول فقال القاضي تسقط شفيعته أيضاً لما ذكرناه ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى مبيعاً فلم يعلم به حتى زال أو حتى باعه فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفيعته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيهقي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن إسماعيل بن سعيد قال قلت لأحمد ما معني قول النبي صلى الله عليه وسلم «من كان بينه وبين أخيه أربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «لا يحل له إلا أن يعرضها عليه إذا كانت الشفعة ثابتة» فقال ما هو يعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفيعته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم «من كان له شركة في أرض أربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه» فإن شاء أخذ وإن شاء ترك «ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم «وإن شاء ترك» فلا يكون تركه معنى ولأن مفهوم قوله «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به» أنه إذا باعه باذنه لا حق له ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عوضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فإنه قد عرض له عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه فإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بمدا المبيع. ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كمالوا برأه مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليعتاق ذلك إن أراد فتخفف عليه المؤنة

لانها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما اذا علم فان بيعه دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفي عنه فلم يشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

**(مسئلة) قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)**

وجملة ذلك أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبياتي إلا للغائب القريب لان اثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كمشبوته للحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث ولانه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له كما في الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب

ويكتفي أخذ المشتري الشقص لا اسقاط حقه من شفخته

**(مسئلة) (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم**

**الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)**

إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروى ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالأجنبي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذ بها كما يرد بالعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيل الملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، فان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب، وبه يبطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الحارثي سواء عفا

ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحجوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا

**(مسئلة) قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبة فلا شفعة له)**

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة اذا بلغه أشهدوا فلا فليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفعته كما تارك الطلب مع حضوره، وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لان ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهباً ورجعاً لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الحرقى ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن فلم تسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها المولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ما له فعله فلم يحجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل ما للصبي فيه حفظ فصح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولى عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بضمن المثل وللصبي ما يشتري به العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي كالرد بالعيب

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لغير عذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالأطفال والمجانين « وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفخته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل شفخته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتزكية فأشبه العديلين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدهما لم تبطل شفخته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشبهه أو ترك اشهاده ( فصل ) اذا أشهد على المطالبة ثم أغر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الحزقي أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفخته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين ( احدهما ) لا تسقط شفخته لان له غرضاً بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فالصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في احدي الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراؤه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيماً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي ( والثانية ) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيماً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشفقة الذي يشتره بوزال الشركة أولاً للضرر الذي يندفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحقائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

( فصل ) وإذا باع وصي الابن ببيع لاجدهم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه



ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه بكلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بعينته والتوكيل أن كان يجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل لزمته مئة ويخاف الضرر من جهته ■ كتنفى بالاشهاد. فأما أن ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لأنه معذور فأشبهه من لم يعلم وإن لم يقدر على الشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح وإن كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهاها فهو كالغائب في الشهاد والتوكيل وأما المحبوس فإن كان محبوساً ظاهراً أو بدين لا يمكنه أدائه فهو كالمرضى فإن كان محبوساً بحق يلزمه أدائه وهو قادر عليه فهو كالملق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لأنه تركها مع القدرة عليها

**(مسئلة) قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)**

وجهة ذلك أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو

كالشراء له، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الأخذ للثمة في البيع ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يثمه، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ للثمن بالشفعة مع الحظ للثمن لأن الثمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه. لا يكون المشتري لا يوافق له ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فإن رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فالوصي الأخذ حينئذ لعدم الثمة، فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم الثمة، وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لولي الأخذ بالشفعة لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية فإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر

(فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخير حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم، فأما أن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها أو المر بجماله لم يملك ذلك كالم يملك ابتداءً، وإن صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك أنبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط وللصبي الأخذ بها إذا كبر فخكها حكم ما فيه الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت مطلقاً فهو كالوفاة الكبير عن شفعته

كان أحد العوضين في البيع معيباً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه، ففي تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار أن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينسخ العقدان الآخرين وله أن يأخذه بالثاني وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا ينسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذ من الثاني دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقد العقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحق في المجنون المطبق كالخكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفهية فاما المغنى عليه فحكمه حكم الغائب لأنه لا ولاية عليه وكذلك المحبوس، فعلى هذا تنتظر افاقته وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الأخذ بها لأنهم معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم إجباره على العفو لأنه إسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الأخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ في ذمته وليس محجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبهه ما واشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلق حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه. وأما المكاتب فله الأخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد له الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء وإن عفا عنها لم ينفذ عفو له لأن الملك للسيد ولم يأذن في إبطال حقوقه، فإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبدان الأخذ لأن السيد الحاجر عليه ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فسقط بإسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فإن طلب أخذ البعض سقطت شفعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما يجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان مما لا يجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنده إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن تصرف المشتري في النقص بما لا يجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك التصرف وأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما فإن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفيع أسبق وجنبة أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يمنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاً له وعليه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثمنه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولأن في انشقة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك فإذا

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فتسقط ويسقط باقيها لأنها لا تتبع بعض، ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا يتبع بعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالكساح بخلاف السقوط فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فإن أخذ الشقة بضمن مقصود فقيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لأنه بالعقد استحق الشقة بمن ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملك سقط التمين وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه بالآخر الثمن أو ما لو اشترى شيئاً آخر ونقديه ثمناً مقصوباً (والثاني) يسقط لأن أخذه للشقة بما لا يصح أخذه به ترك له وإعراض عنه فسقطت الشفعة كما لو ترك الطلب بها

«مسألة» (وإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرؤوس)

ظاهر المذهب أن الشقة المشفوعة إذا أخذت الشفعة قسم بينهم على قدر أملاكهم اختارها أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعمري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن ابن أبي ليلى وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية النطق ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو

( المغني والشرح الكبير ) جعل الشقص المشفوع صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد ٤٩١

قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسد عقده ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه  
وله أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له  
كذلك بعد الهبة المفسوخة

( فصل ) فإن جعله صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد انبني ذلك على الوجهين في  
الأخذ بالشفعة، فإن قابل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فالشفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة  
لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الأخذ معهما، وإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فالشفيع أن يأخذ  
الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق  
الشفعة، ذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها  
ويأخذ لأن حقه أسبق

( فصل ) وإن اشترى شقصاً بعد ثم وجد بائع الشقص بالبعد عيباً فله رد العبد واسترجاع الشقص  
ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع اضراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي  
استحققه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبالقرسان والرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن  
وصية أحدهم، وأما الاعتاق فلنا فيه منع وإن سلم فلأنه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة  
نلقى في مائع، وأما البنون فإنهم تساووا في السبب وهو البوة فتساووا في الارث بها فظيره في مسئلتنا تساوي  
الشفعاء في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع  
أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها  
قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردفي  
هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهان  
والآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثاً لصاحب اثلاث ثلثاء وللآخر ثلثه  
وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أربعة لصاحب النصف ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها وإن  
باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه هذا  
على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين فإذا باع صاحب  
النصف قسم النصف بين الآخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع  
وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث وإن باع صاحب السدس  
فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشفص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالمبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيباً فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافتراقاً، فان لم يرد البائع العبد المبيع حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة يبع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لانه بمنزلة التالف، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه انما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فاذا قلنا يتراجعان فايهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفعتاه لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجملة ذلك أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقي إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لانعلم اليوم مطالباً سواء ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى الاول لان المطالبة إنما وجدت منها فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى الاولين، فانما الشقص في يد الاول نماء منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منها لانا انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة



( المغني والشرح الكبير ) تلف المبيع قبل قبضه يبطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقاً ٤٩٣

لانه لما دفع اليه قيمة العبد غير معيب، وان أدى قيمته معيباً رجع المشتري عليه بما أدى من ارشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشاً ام يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبهه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص الى المشتري ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للبائع أخذه بالمبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يردده لان ملك المفصوب لم يزل عنه

( فصل ) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والره بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبهه ما لو اشتراه منه أجنبي

( فصل ) وان اشترى شقصاً بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانهما إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك الا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين، فان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني فما في يده غناء متفصلاً لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالهبة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبا أو قال أخذ قدر حقيقي ففيه وجهان ( أحدهما ) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد ( والثاني ) لا تبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمناً كثيراً فترك لذلك فبان خلافه، وان ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبيه واذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم ردهما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وانما رد نصيبه بالعيب فأشبهه ما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ما ملكه ورجع الى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

( فصل ) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقسما ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كانه مشارك حال القسمة لثبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعتساره أو غيره فلا باع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنًا فتزول عسرته ويحصل الجميع بين الحقيين فكان أولى

( فصل ) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكها اثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمها وبقي الغائب على شفيعه، فان قيل وكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يصح بيعه وهبته وغيرها وملك الشفيع ابطاله كذا ههنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا وان لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

( فصل ) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهلا لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه الى الثانيين وهي ستة صارت سبعة ثم قسم السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكيه سبعة ■ وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في الشفعة، فللأول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجتمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرنا، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها، فاذا قدم الثالث أخذ منه

## ﴿ مسألة ﴾ قال ( وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة )

وجملة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والغنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ مافيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذها كما يرد المعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد. ولان في الاخذ تحصيلا للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان العفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظار بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وما ذكره من الضرر في الاخذ يبطل بالغائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الحارثي أن للصغير اذا كبر الاخذها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذها أو في ركةا وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر

﴿ مسألة ﴾ ( وان كان المشتري شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر ) وللاخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبي لا شفعة للاخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكي ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنها تساوي في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجني بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لاننا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ماسكه ثم لا يتمتع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لاجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهنا ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو

﴿ مسألة ﴾ ( وان ترك المشتري شفته لوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك )

اذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالتائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد ان تركها الولي لحظ الصبي اولاً انه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل ما فيه الحظ للصبي فصح كالاخذ مع التحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذها ملك العفو عنها كاملاً، وخالفه صاحباه في هذا لانه أسقط حقاً للمولي عليه لاحظ له في اسقاطه فلم يصح كالأبراء واسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والبراء وما لاحظ له فيه بخلاف الولي

( فصل ) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخصاً أو بمن امثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها فلا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، ولا يصح هذا لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه ماله وترك

لان ملكه استقر على قدر حقه فخرى مجرى الشفيعين اذا أخذوا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أو دع فاني قد اسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعض للشفعة على المشتري قلنا هذا تبعض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصاً وسيفاً

( مسألة ) ( واذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ثم علم الشريك فله أن يأخذ بالبيعين وله أن يأخذ بأحدهما، فان أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعتيه في أحد الوجهين وإن أخذ بالاول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه في شفعة الاول، وهل يشاركه في شفعة الثاني ؟ على وجهين )

وجملة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقية في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعتيه أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفعتيه بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولاً (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها محتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لاحظ للصبي فيه فان أخذ فهل يصح؟ على روايتين (أحدها) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كالأشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيماً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبهه ما لو تزوج لغيره بغير اذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيماً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ما كره والشقص الذي يشتره بزوالم الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) واذا باع وصي الايتام فباع لاحدهم نصيباً في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وان كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه متهم في بيعه ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة متقية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافق ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن لياخذ الشقص به فاذا

الاول شاركة في الثاني وان أخذ بها جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فان قلنا يشاركه في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشاركه فمما له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما نذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فلشريكها الشفعة فيها، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان المالك اثنان فهما يبعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدها تبعض الصفقة على المشتري فلم يجوز كما لو كانا لرجل واحد، وان وكل رجل رجلين في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانها مشتريان أشبه ما لو وليا العقد، والفرق بين هذه الصورة



رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فلو وصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، وان كان مكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليّه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بغير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

( فصل ) واذا عفا ولي الصبي عن شفعتي التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظاً أو كان معسراً عند اليعم فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا ال كبير عن شفعتي ( فصل ) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفية لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقته « وأما المفلس

والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض الصفقة على المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسألة ﴾ ( وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما )

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في احدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبعض صفقة البائع ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

( فصل ) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فله شريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للآخرين مشاركته في الشفعة لان ملكها لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا بملك سابق، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعتي لانها لم يكن لهما ملك حين بيعه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمجبور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه براضهم أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والتترك وليس لسيده الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك لسيده ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لان السيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فان باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فأشبهه شراءه من نفسه

نصيب اثنائي وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفيعته لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان ( احدهما ) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة ( والثاني ) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالاً كاملاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفيعته فكذلك اذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفيع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني واثالث جميعاً. فعلى هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فالشفيع السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربح السدس الثاني وخمس الثالث والمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا يجب فيه كالجوار وغير المنقسم، ولاننا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فلا يملكه غير تام لانه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك يبيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها يبيع وهو مما لا يجوز بيعه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقامم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة ، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين فالشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكتهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبيع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول ؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني ؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث ؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانها مال كان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبيع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فأكمل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منهما نصفه لانه شريك في شفعة يبيع واحد وتصح من اثني عشر

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقة صين من دارين صفقة واحدة فالشفيع

المشتري قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك لما يقابله ثمن، وظاهر كلام الخري أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاجراج دينار منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو في ملك الشافع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره فان لم يختبر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبي وسوار واستحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبهه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بانث مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي يملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين )

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فالشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث تبعض صفقة المشتري ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لانه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد بهق وبهذا ينفصل عما ذكره، وأما اذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن ياخذوا ويقسم الثمن على قدر القيمتين، وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز وياخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذها معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف على ما ذكره، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذها وتركهما لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص الشافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا لملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه لم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو مانقص منه ان اختار القلم لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء . . . . . يحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا لترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنع من قلعه فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون . . . . . قيمة وإن قلع قبله لم يكن . . . . . قيمة أو تكون قيمته قليلة فاقتار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

( فصل ) وإن زرع في الارض فلا شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع فبأنهم فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع . . . . . وإن كان في الشجر ثم ظهر أمر في ملك المشتري فهو . . . . . مبقى الى الجذاذ كالزرع

( فصل ) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون نوا متصلا كالشجر

الشقص الواحد لو جب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفيعته - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه (مسئلة) ( وان باع شقصا وسيقا فلا شفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز )

اذا باع شقصا مشفوعا ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لثلاث تنبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما ثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولان في الاخذ بالكل اضرارا بالمشتري أيضا لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) ( وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن )

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد



إذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فإن الشفع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فتبعت الأصل كما لو رد بهيب أو خيار أو اقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين وفي مسئلتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع، وإذا أخذ الأصل تبعه غناؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالأجرة والطلم المؤبر والثمرات الظاهرة فهي المشتري لاحق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رأس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ الشفع من المشتري شراءً فإن فيكون حكمه حكم مالو المشتري برضاه، فإن اشتراه وفيه طلم غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفع أخذ الأصل دون الثمرة، وبأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً (فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده ثم إن أراد الشفع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كمنقصه للبناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم، ثم إن كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعنبري

الشفيع الأخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كمنقصه البناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم، ثم إن كانت الأبعاد موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العوض وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول للشافعي وقال ابن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى كتهديم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه اضراً به بالضرر لا يزال بالضرر. ولنا أنه تعذر على الشفع الأخذ بالجميع وقد رعى الأخذ ببعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفع آخر، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفع يؤدي منه فلا يتضرر المشتري بأخذه، وأنما قلنا يأخذ الأبعاد وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ما له إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق البثرة غير المؤبرة إذا أبرت فإن ما لها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي « وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء ، فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان « بالحصّة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواء أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصّة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا يأخذ الانقراض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ما له إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبّرة إذا تأبّرت فإن ما لها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو التبرك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لأن الشفعة إنما ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

﴿مسألة﴾ (فإن اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما .

﴿مسألة﴾ (فإن ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضتا يثبتها فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلاً متى ملكتهما؟ فإن قالوا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما ثبتت بملك سابق في ملك متجدد بعده وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا أحدهما بينة بما ادعاه بضمي له وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً فإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول

﴿ مسألة ﴾ قال ( وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته )

وجملته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه « ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكة فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فانا ننظر في الثمن فإن كان دنائير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله . وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي . وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل . فتعذر الأخذ فلم يجب كما لا جمل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل

قوله مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواها جميعاً وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن البين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه

﴿ مسألة ﴾ ( ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين )

ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالجوار وما لا ينقسم ولا تنا إن قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يبيح أباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك بيع في شركته شقص فوجب به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجب فيه كوجوبها في الطلاق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه

( فصل ) وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ( المغني والشرح الكبير ) ٦٤ ( الجزء الخامس )

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالخبوب والادهان فقال أصحابنا يأخذ الشفع بمثله لانه من ذوات الامثال فهو كالاثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في احدهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبذل القرض والمتلف

(فصل) ويستحق الشفع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفع لان حق الشفع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد ، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفع دون الزيادة ، وان كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي ما يكون ثمننا أخذ به ، وان حط الاكثر أخذ بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفع كالزيادة ولان الشفع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكره من العذر غير صحيح

ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منقياً ، وقال أبو بكر للشفع فسخ ذلك وأخذ بالثمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفع أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه ولا يمنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم ابطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك

بعد الهبة المفسوخة

﴿مسئلة﴾ (وان باع فله الاخذ بأى البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)

إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفع **»** وان أضربه كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبهه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

( فصل ) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فأنها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة وبهذا قال الشافعي **»** وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم الحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد ومازاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري ما ينقص من مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

( فصل ) واذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفع بذلك الاجل ان كان مليئاً وإلا أقام ضميناً مليئاً وأخذ به قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال أبو حنيفة لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفع والذم لا تقابل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثل حالاً لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يساعة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذ بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه حتى تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالباع فلا شفع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفع في العقد فكأن له الاخذ بأيهما شاء ، وان تباع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينفسخ العقدان الاخران وله أن يأخذ بالثاني وينفسخ الثالث وحده وله ان يأخذ بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود ، فإذا أخذ من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذ منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقداً آخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من اثني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالباع على ما ذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم



ولنا أن الشفعين تابع المشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفعين كزيادة القدر وما ذكره من اختلاف القدم فأننا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفعين أو في ضميمته بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بساعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذ الشفعين بالأجل فمات الشفعين أو المشتري وقتلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب حلوله الموت فاخص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا بمعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ماله فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفعين وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا تجب الشفعة لثلاثا فبعض صفقة المشتري وفي ذلك إضرار به فأشبهه ماله أراد الشفعين أخذ بعض الشقص، وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرد ماله يلحق المشتري من الضرر فهو الحق بنفسه بحقه في العقد بين ما ثبت فيه الشفعة وما لا ثبت ولأن في أخذ الكل ضرر بالمشتري أيضا لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

﴿مسألة﴾ (وإن فسخ العقد بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع)

إذا رد المشتري الشقص بعيب أو فاقيل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والاختصاص بالشفعة لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الاختصاص معها فإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفعين بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفعين لأن في تقديم حق الشفعين إضرارا بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفعين في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيبا فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت ويشارك ما إذا كان

( فصل ) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن يأخذها وبقتسما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز . وأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج أنه لا صفقة له كالمسئلة التي قبلها وليس له أخذها معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه . ولا هو تابع لما فيه الصفقة فجرى مجرى الشقص والسيف ، وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما لأنه شريك فيهما ، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الصفقة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كالأخذ شقصاً واحداً . ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

وإنما أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين . ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما صفقته - أن يكون للآخر أخذ السكل والامر بخلافه

( فصل ) ولا يأخذ بالصفقة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة

الشقص معيها فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالصفقة فافترقا . فإن لم يرد البائع العبد المغيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع مملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الصفقة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة النالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يراجعان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيماً لأنه إنما أعطى عبداً معيماً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يراجعان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير مغيب وإن أدى قيمته معيماً رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشقص إلى المشتري يبيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للشفيع أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة « أصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع بأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع كتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فاذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا فسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم يفضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المفصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) فان اشترى شقصاً بعد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل فوجوده كهدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ، يتبارآن وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء ، لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي الى الضرر ، ولأنه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

( فصل ) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شي من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدعه ، وقال أيوب السخيتاني انهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتري بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشتري شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعائة ، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما ان اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح ، فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان بالاخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً فتزول عمرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

( فصل ) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقله لم تصح الاقالة لأنها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه إياه صح لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

( مسألة ) وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه لانه صار ملكه بأخذه .

( مسألة ) ( وان استعمله المشتري فالغلة له ) لانها عام ملكه

( مسألة ) ( وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري بمقااة الى الحصاد والجداد ) اذا زرع المشتري الارض فلا شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجر عليه لانه زرع في ملكه ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع وإن كان في الشجر ثم ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجداد كالزراع

قراضة او جوهرة معينة او سلعة معينة غير موصوفة او بمائة درهم ولو اؤدة واشباه هذا » فهذا كله اذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة » وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه ببقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المحبولة ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجوداً وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار » وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قماراً في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما » وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المغنى فيها واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « لا تركبوا ما ارتكبت

( فصل ) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يحل من حالين (أحدهما) ان يكون نماء متصلاً كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعبء أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه نماء المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لانها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رءوس التخل إلى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراءً ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه وان اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبهر ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ويأخذ الارض والتخيل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

﴿ مسألة ﴾ ( وان قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع )  
وجملة ذلك أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)



اليهود فاستحلوا محارم الله بآدنى الحيل « وقال النبي ﷺ » لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شعومها جعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه « متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله ( يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون ) والحيل مخادعة « وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قرصة بحيلتهم فانه ربي أنهم كانوا ينصبون شبّاكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى ( فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين ) قيل يعني به أمة محمد ﷺ أي انتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون « ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ » لا تحل الخديعة لمسلم « ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل لحق الضرر فلم ينسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله

إذا ثبت هذا فان الفردين الاولين على المشتري لشرايتهما بساري عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبيئ المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة « وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم الغائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الخري أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كمالو كسر محبرة غيره لاخراج دينار منها ، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره ، فان لم يخر المشتري القلع فلا شفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبي وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبهه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه مالو كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه أن عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغور على البائع لأنه اشترى عبدا يساوي مائة بالف، وفي الرابعة على المشتري لأنه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لأنه قد لا يهب له الآخر شيئا فان خالف أحدهما مانواطاً عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا، فاما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف مانواطاً عليه لان صاحبه انما رضي بالعقد للناطوط فم فواته لا يتحقق الرضى به

﴿مسئلة﴾ قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجملته أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا اعتق؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن بيئته وبثبت ذلك بشاهد وبيمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا اضرار» ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك ولأنه بني في ملكه الذي يبعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا عليه فانه بني في غير ملكه، ولأنه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق. إذا ثبت هذا فانه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوبا لأنه لو وجبت قيمته مقلوبا لوجب قلعه ولم يضمن شيئا ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مغروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذة بالقيمة اذا امتنع من قلعه، فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لأنه يضمن النقص فينجر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحملة، وان غرس أو بني مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

﴿مسئلة﴾ (فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائمين لأنه إذا شهد للشفيع كان متهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه . وان أقام كل واحد منهما بيعة احتمل تعارضها لانهما يتنازعا فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بيعة لهما ، وذكر الشريف أن البيعة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الحنفي لان بيعة الخارج عنده مقدمة على بيعة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحباه البيعة بينة المشتري لانها ترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع ، يخالف الخارج والداخل لان بيعة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده . وفي مسئلتنا البيعة تشهد على نفس العقد كشهادة بيعة الشفيع

ولنا أنهما يمتنان تعارضنا تقدمت بيعة من لا يقبل قوله عند عدها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعا في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما

( فصل ) وان قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لان ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بشئ مني مبلغه ويخاف فإذا حلف سقطت الشفعة لانها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه . فان ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

( فصل ) فان اشترى شقة بعرض واختلافا في قيمته فان كان موجودا عرضاه على المقومين . وان تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كالأختلاف في قدر الثمن ، وان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

وجملة ذلك ان الشفيع اذا باع ملكه علما بالحال سقطت شفيعته لانه لم يبق له ملك يستحق به ، ولان الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيعه ، وان باع بعضه ففيه وجهان ( أحدهما ) تسقط أيضا لانها استحققت بجميعه ، واذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لانها لا تتبع فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها ( والثاني ) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد . فكذلك إذا بقي ، والمشتري الاول الشفعة على الثاني في المسئلة الاولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع ، وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول . وهل للمشتري الاول شفعة على المشتري الثاني ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده ( والثاني ) لا شفعة له لان ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والاول اقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب لولي . فعلى هذا للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين ، فاما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الاول فقال القاضي تسقط شفيعته

فيما اذا ادعى جمل ثمنه ، وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا حدثته وأنكر الشفيع  
 فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد ملكه عليه فالقول قول المالك  
 (فصل) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه  
 يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والتمن ويدعي الشفعة  
 فيه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه ، وان أنكر وقال إنما اتيت به أو ورثته فلا شفعة لك فيه  
 فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف بريء وان نكل قضى عليه وان  
 قال لا تستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل  
 وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ١١ وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها)  
 يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني أن يأخذه الحاكم  
 فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن  
 تبري منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكتابة فادعى أنه حرام اختار هذا القاضي وهذا  
 مفارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى  
 سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف ابراء مما لا يدعيه والوجه  
 الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف  
 الضرر بسببه فصار كمن اشترى معينا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم مالو باع  
 مع علمه سواء فيما باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفيعته لانها ثبتت له ولم يوجد  
 منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان بيعه دليل على رضاه  
 بتركها . فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فله المشتري الاول أخذ  
 الشقص من المشتري الثاني، وان أخذ منه فهل المشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولاهما)  
 ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك  
 (مسئلة) (وان مات بطلت شفيعته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجملة ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل  
 إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات  
 الذي اشترط الخيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا وإنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس يجب الا أن  
 يشهد آني على حقي من كذا وكذا وأنا قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به، روي سقوط  
 الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي  
 وقال مالك والشافعي والعمري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع  
 الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

( فصل ) وان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاء الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائباً أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لأننا لو وقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي انه غائب. وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان :  
( أحدهما ) لا تثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب حق في مال صغير باقرار وليه

( الثاني ) تثبت لانه بملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره ببيع في مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبا بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فأقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فنبتا جميعاً، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببينانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للمليك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء مات من المبيع  
( فصل ) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفّر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفيعته لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

( فصل ) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعدر ثم مات لم تبطل للورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب



(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراعه منه وأنه يستحق بالشفعة فصدقه فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا اقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بهت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص وبطالب باجره من شاء منها ويستقر الغمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انزعاق الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمنا، فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمال أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضى عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأن القضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبي وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة فعفا أحدهما وطلب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي ثبت له استيفاءه بالنسبة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا شفعة لهم لأن الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه يبيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس، ولا نسلم أن التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من انشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكا للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضا لأن نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق

( فصل ) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك

وانما أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فعلى المشتري البين انه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

( فصل ) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعه فصدقه عمرو فانكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائت فيأخذ الشفيع منهما لانهما شهدا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولما أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

من حق الموصى له فانما أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص، وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا ان الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لاننا نعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له او لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق، وان قلنا بالراية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلمم الاخذ بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو اخذ بها الموصى في حياته، وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة (المغني والشرح الكبير)

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الخنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشي في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا

(فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سألناهما متى ملكتاها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكني سابق ولا أحدهما بيته بما ادعاه قضي له . وإن كان لكل واحد منهما بيته قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بيته كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بيته نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا . وإن ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

(فصل) إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام

(فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فالشفيع اخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته او صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فان قتل على رده او مات عليها تبينا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه وان اسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال ابو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول برده فاذا اسلم عاد اليه تملكاً مستأنفاً ، وقال الشافعي وابو يوسف تصرفه صحيح في الحالين ونجى الشفعة فيه ، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبنى على ذلك ايضاً لان اخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فاشبهه شراءه لغيره ، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فان كان طالب بالشفعة انتقلت ايضاً الى المسلمين ينظر فيها الامام او نائبه وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على اسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخاف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والا فلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد فان عجز عنه اوعن بعضه سقطت شفيعته)

وجملة ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روى في

البائع بيّنة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري ولشفيع أخذه بالالف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبيّنة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم

ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البيّنة كاذبة وأنه ظلمه بألف الم يحكم له به وإنا حكم بها للبائع لأنه لا يكذبها ، فإن قال المشتري صدقت البيّنة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لأنه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بثمان ثم قال غلطت والثن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لأنه قد قامت البيّنة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وإن لم تكن البائع بيّنة فتحالفاً فلشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري بمنع ذلك ولأنه يفضي إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غاططاً فهل لشفيع أخذه بالثن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بيّنة

حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق به بالثن » رواه الجوزجاني في كتابه ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضا مالكه فينبغي أن يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فالتناظر في الثمن فإن كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن اضراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضماناً لم يلزم المشتري قبوله لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة فلم يجبر عليها . وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال . فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك ، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن والا فسخ عليه . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل) وإن اشترى شقصا له شفيهان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوهِ عن شفعته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة وبخلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معا فخلفا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الخالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يهف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كما هو سوا. ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وإن شهد أحدهما بعفو أحد الشفيعين احتج إلى يمينه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعاء. فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعده عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله نفية وجهان (أحدهما) تقبل لأنهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه محتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء. فإلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد

يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا باحضار عوضه كتمسك المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الأخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والافسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشتري، وكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ قال شيخنا والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الأخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغيره من أخذت الشفعة منه، وكذا لو أفلس الشفيع والشفعة لا تنقضي على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالد بالعب ولأن وقف ذلك على الحاكم يقضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يقضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد احضار الثمن لئلا يقضي إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري

(مسألة) (وما زاد في ثمن أو يحيط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)

قد ذكرنا أن الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباعا بقدر ثم غيراه



(المغني والشرح الكبير) بيان ان تقسيم الشقص على الشفعة، انما يكون بقدر حصصهم ٥٢٢

لمكانته بهفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكانته فيه شفعة لم تقبل لان المكانت عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولان ما يحصل للمكانت ينفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء ، وان شهد على مكانته بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبهه الشهادة على ولده

﴿مسئلة﴾ قال ( وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النقيسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذ الشفعة قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء ، به قال مالك وسوار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشعبي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث وكالعتقين في مراية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالفلة ودليلهم ينقض بالابن والاب أو الجدة والجدة مع الاخوة وبالفارسان مع الرجال في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغيير يباحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد ، فلما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يباحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ماحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص ، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبهه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

﴿مسئلة﴾ ( وان كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالاجل ان كان مائتاً والا أقام كفيلاً مائتاً وأخذه به ) وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبننا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الاعيان لانه ائتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع. وأما البنون فانهم تساوا في التسبب وهو البنوة فتساوا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعة في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فتأخذ منها سهام الشفعة، فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعة على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردسواء، ففي هذه المسئلة التي ذكر الحرقى مخرج سهام الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف فسهم الشفعة، ثلاثة لصاحب الثلث سهمان والآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه. وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه. وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمسه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترى اياها بينهما نصفين أو غير ذلك فأت أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالمؤجل لانه يفضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذم لا يتماثل وانما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاثا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن الى الاجل لانه انما يأخذ بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحداً منها فلم يبق إلا التخيير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكرناه من اختلاف الذم قانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك. كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومتى أخذ الشفيع بالاجل فأت الشفيع أو المشتري وقتنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه لان سبب حوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأمان قياساً عليها فيعطيه الشفيع مثلاً هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداها ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبذل العرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لا شترا كما في سبب الملك ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ما كوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكره لأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتبهاه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباع إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء. ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فباع أحدهم عن ابنتين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه. ولو خلف ابنتين وأوصى بأحد ابنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم. ولتحالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره.

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً فلا شفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشافعي والبيتي لاشفعة الآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

مما لا مثل له كالتأيب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمنثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كمالو جهل الثمن.

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف.

(فصل) وإن كان الثمن تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يكون للمشتري وما نقص فن مال البائع فلا ينقص حق المشتري.

(مسألة) (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري إلا أن تكون للشفيع بينة)

إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولأن الشقص ملكه فلا ينزع عنه بالدعوى بخير بينة وبهذا قال الشافعي، فإن قيل فهلا قلنا قول الشفيع لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب

شر كنه متقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكي ابن الصباغ عن هؤلاء ، أن الشفعة كلها غير المشتري ولا شيء ، للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما نسوا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع ، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشرا . هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لانتنا قول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ، ثم لا يتمتع أن يستحق الإنسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده ارش الجنابة لاجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به . إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو ، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتري لأن ملكه استقر على قدر حقه فجزى مجرى الشفعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه . وكذلك إذا حضر أحد الشفعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك ، فإن قيل هذا تبعض بالشفعة على المشتري قلنا هذا التبعض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا

والمتناف والضامن نصيب شريكه إذا اعتق ؟ قلنا الشفع ليس بفارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بضمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فاما أن كان للشفع بينة حكم له بها وكذلك أن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن يمينه وبثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين ، ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفع كان متهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه ، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعا فيما وقع عليه العقد فيصير أن من لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن بينة الشفع تقدم لأنها خارجة ويقضيه قول الخرقى لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال أصحابه تقدم بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفع ، ويخالف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفع

ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا يدلها عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرها

(فصل) فإن قال المشتري لا أعلم قدر الثمن فالقول قوله لأن ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراء جزافا أو بضمن نسي قدره ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

(مسئلة) قال (فان ترك أحدهما شفيعه لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجملته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فنترك بعضهم فليس للباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتضييع الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لخالفه الأصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فان فعل سقطت شفيعته لأنها لا تتبع فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالتقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم نسقط الشفعة لموضع العذر فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك الا لا نعلم اليوم مطالباً سواء ولأن في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لأن في التأخير إضراراً بالمشتري فإذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى الاول لأن المطالبة انما وجدت منهما فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على إسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك (فصل) فان اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضناه على المقومين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه فانكر فالقول قول المشتري لانه ماله والشفيع يريد بملكه عليه فكان القول قول المالك

(مسئلة) (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف

فان قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم باليمين أخذه للشفيع بهما لأن الحاكم اذا حكم عليه بالينة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه الينة كاذبة وأنه ظلم بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكتننها فان قال المشتري صدقت الينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل



ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نعى الشقص في يد الاول ناء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبهه مالو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة . وكذلك إذا أخذ الثاني فنمى في يده ناء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لم وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال أخذ قدر حقه ففيه وجهان (أحدهما) يطل حقه لانه قدر على أخذ السكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري عننا كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فان أخذ الاول بهائم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وإنما رد نصيبه لاجل العيب فأشبهه مالو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير المالك الاول الذي تعلقت به الشفعة .

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بئمن ثم قال غلطت والثن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البيئة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائع بيئة فتحالفا للشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن الفان وكنت غاطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بيئة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفيعه لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم الثمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بيئة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

( فصل ) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسم ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة أثبت حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع فإن قيل فكيف تصح القسمة وشريكها الثالث غائب قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعاً لذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقامهما وبقي الغائب على شفيعته، فإن قيل فكيف تصح مقاسمتهم بالشفعة وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرها ويملك الشفيع إبطاله كذا ههنا، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث مافي يده لأنه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث مافي يده أيضاً، وإن لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر

( فصل ) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل أقصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز كتوك السكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث مافي يده فيضيفه إلى ما في يده الأول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهماً لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثاني وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين

الشفيعين معاً خلفاً ثبتت الشفعة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه وإن ادعى أنه عفا فشكل قضى له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، فإن شهد أحدهما بغيره أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ السكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعا فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوها قبلت وإن شهدا قبله ردت، وإن شهدا بعد عفوا أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وإن شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله قبلت في أحد الوجهين لأنها سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع وإن شهد لمكانته بعفو شفيعته أو شهد بشراء شيء لمكانته فيه شفعة لم تقبل لأن المسكانب عبده فلا تقبل شهادته له ككذبه ولأن ما يحصل للمكانب ينفع به السيد لأنه إن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه وفاؤه وإن شهد على مكانته بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير منهم فأشبه الشهادة على ولده

( مسألة ) ( وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال بل أهبته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فإن نكل

( الجزء الخامس )

( ٦٧ )

( المغني والشرح الكبير )

في تسعة تكن ثمانية عشر للثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة . وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللاول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق . لم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرناه . وإن قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الأرباع وهي تسعة بصير الجميع عشرة فيقسمها الكل واحد منها خمسة والثاني سهان ونصف من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقة فلا شفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي . وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك أثلا تتبع بعض صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لانه مشتر من كل واحد عنهما ملكه بشئ مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به عقد وبهذا ينفصل عما ذكره . وإن اشترى اثنان نصيب واحد فلا شفيع أخذ نصيب أحد المشتريين . وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض تتبع بعض صفقة البائع ولنا انها مشتران فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكره لانه على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً . فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود ولا شفيع أخذ الكل أو ما شاء منهما

أو قامت للشفيع بينة فله أخذه ويقال للمشتري اما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه (وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء انك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا ادعى سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال إنما آتيت به أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برئ وان نكل قضي عليه وان قال لا يستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فاذا أخذه دفع إليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه . ومتى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تقبضه واما ان تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام احتاره القاضي ، وهذا يفارق المكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي ان يكلف البراء مما يدعيه والوجه الاول أولى ان شاء الله تعالى

( فصل ) فإذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فليشر يكمه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة . فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركتة في الشفعة لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ماشاء منها ، وإن أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركتة في شفته لأنها لم يكن لهما ملك حين بيعه . وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركتة لذلك ويشاركه الاول في شفته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . وبجتميل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها . وإن أخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة ( والثاني ) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركتة إذا عفا عن شفته فكذلك إذا لم يعف لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الاول وللمشتري الاول أخذ

( فصل ) فإن قال اشتريته لفلان وكان حاضرا استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وإن قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لاتنا لو وقفنا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك اسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعي أنه لغائب ، وإن قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لأنه لإيجاب حق في مال صغير باقرار وليه ( والثاني ) ثبت لأنه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره ببيع ، فأما أن ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا ان ثبت بيينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لأن الملك ثبت لهما باقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب بيئانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبننا .

( فصل ) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب قادعي الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ■ وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدس فالشفيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ■ وللمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم ولثاني تسعة ولثالث أربعة ، وإن قلنا ان الشفعة على عدد الروس فالللمشتري الاول نصف السدس الثاني ولثالث الثالث ولثاني ثلث الثالث وهو نصف التسم فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سهمان

( فصل ) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقد متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني ؟ على وجهين ■ وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني ؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث ؟ وهل يستحق الثاني شفعة الثالث ؟ على ثلاثة أوجه ( أحدها ) يستحقان لانهما مالكان حال البيع ( والثاني ) لاحق لهما لان ملكهما متوكل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به ( والثالث ) ان عفا عنها أخذا وإلا فلا ، فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائع والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة يبع واحد وتصح من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فالشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان ( أحدهما ) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منها ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده ، فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الممقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه أنزع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمنا ، فان لم تكن بينة وطالب الشفيع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لفضي عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب



( فصل ) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقبته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان لكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفيعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته بنصيبه الاول فيه ثلاثة أوجه ( أحدها ) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا ( والثاني ) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه ( والثالث ) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشارك في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان ( أحدهما ) ثلثه ( والثاني ) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشارك فعلا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم يعرف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما شرعناه ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

( فصل ) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فاشريكهما الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان ( أحدهما ) لذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

( فصل ) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي، وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت وبجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى المشتري اليمين أنه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فمكانت على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

( فصل ) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعته فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ما لو

لان المالك اثنان فهما يمان فكان له اخذ نصيب أحدهما كالوتوليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي اخذ أحدهما تبعض الصفقة على المشتري فلم يجز كالأول كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلان في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفقة المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

(مسئلة) قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظاهر مستحقا لرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجدته معيبا فله رده على المشتري أو اخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له باليجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري قال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع فعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالم يكا من جهته فكانت عهدة عليه

حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالمبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالمبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

(مسئلة) (وإن كان عوضاً في الخلع والصدّاق والصلح عن دم العمد وقلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بساعة لا مثل لها ولاتا لو أوجبتا مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول العكلي والشافعي لانه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن نقداً ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه ■ لو أخذه منه ببيع ولا به ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ■ ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استمحت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وأن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرضه منه وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرض فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري ■ وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرض لأن الشفيع أخذه علماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لانه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع ، ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لانه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلّف أحدهما وأخذ الآخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل أن تجب) لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أولاً أحدهما وحده أو لهما كان ، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ■ وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البائع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبيين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع فإما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشرع على السواء ، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار علماً ببيع الأول سقطت شفعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبهه ماله أخذ الارش قبل أخذ الشفع منه « وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة « وان لم يعلم فلا شفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفع فلا ير « المشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفع أرشه من المشتري فلاه المشتري أخذه من البائع « وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري « وبجمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فاما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء « وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة فعلى هذه الرواية ان علم الشفع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتر ثان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم ماله علمه المشتري دون الشفع

(مسئلة) قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك أن الشفع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطالب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة « والحد اذا مات المقدوف « والخيار اذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ، وهذه الثلاثة الاشياء انما هي بالطالب

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بضمن المثل سواء كان لو ارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لو ارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فاما بيعه بالحباة فلا يخلو اما أن يكون لو ارث أو لغيره فان كان لو ارث بطلت الحباة لانها في المرض بمنزلة حباة الوصية في الوصية لو ارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعثك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر الحباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحباة فاختص بما قبلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويفى على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهدني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطالب به ۞ وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لالغوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للمالك أشبه خيار القبول ۞ فأما خيار الرد بالعيب فإنه لا استدراك جزء فأت من المبيع ( الحال الثاني ) إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ۞ وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطالب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ۞ قد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب موارثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الروس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم، فإن ترك بعض الورثة حقه نوفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعة، إذا عفا بعضهم عن شفيعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

الحاباة له فإن أجازوا الحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن، وإن ردوا بطل البيع في قدر الحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم لأن حقهم متعلق بالبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجري مجرى العيب إذا رضى الشفيع بعينه

( فصل ) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فإن لم تزد الحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً فإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحاباة في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان ( أحدهما ) له الأخذ بالشفعة لأن الحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث ( والثاني ) يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في الحاباة ۞ ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا . ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين ( والثالث ) أن البيع باطل من أصله لافضائه إلى إيصال الحاباة إلى الوارث



(فصل) وان شهد الشفيع على مطالبة بها لعذر ثم مات لم تبطل وكان لورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب

(فصل) وإذا بيع شقص لشفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورته العافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فلك الأخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجود الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لان الحق انتقل إلى الغرماء

ولنا انه يبيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم ان التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل فرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث الحجابة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بحجة الاخذ من المشتري فأشبهه بة غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحجابة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل للحجابة لان الحجابة بالنصف مثلاً هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر الحجابة وهو فاسد لانها حجابة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعاً

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذه بالثمن أو تملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثمن معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل الا بحكم حاكم لانه نقل الملك عن مالك الى غيره قهراً فافتقر الى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حكم حاكم كالأخذ بالعيب وبهذا يفتقر ما ذكره ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يملكه قهراً فملكه بالأخذ كالغنائم والمباحات ، ومالك باللفظ الدال على الاخذ لانه يبيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجرد دالها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالموت بعد

دينه فلا شفعة أيضاً لان نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

( فصل ) ولو اشترى شقفا مشفوعا ووصى به ثم مات الماشفع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كالموتلف ولا يستحق الموصى له بذلك لانه لم يوص له الا بالشقص وقد فات بأخذه ولو وصى رجل لانيسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير لوصي إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة . ويحتمل أن يكون لوصي إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا تبيننا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لانا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبيننا انه كان له وان رد تبيننا انه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك . ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم . ويفارق الموصى من وجهين ( أحدهما ) ان الاصل عدم القبول منه ( والثاني ) انه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو تغييره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطالب منه لان الطالب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا

المطالبة ولو جب اذا كان له شفيطان فطالبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا المشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه يبيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعرض كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

( مسألة ) ( وان أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين ( أحدهما ) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني ( والثاني ) لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للمبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفعين إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البائع لم يكن الاخذ منه ، ووجه الاول ، أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفعين كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه ، فعلى هذا يقبض الشفعين من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون ترك الشفعين على البائع لان القبض منه ولم يثبت

بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلم يوافقهم الاخذ بها . وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به إنما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الوصي . فلا شفعة للموصى له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شر كنهه ، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شر يكرهه ( فصل ) ولو اشترى رجل شقصا ثم ارتد فقتل أو مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء . وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كالمات على الاسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكل بيت المال

( فصل ) وإذا اشترى المرتد شقصا فتصرفه موقوف ، فان قتل على رده أو مات عليها تبيننا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وان أسلم تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه . وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه بزول برده فاذا أسلم عاد اليه تمليكاً مستأنفا وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه . ومبني الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لان أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره . وان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين . فان كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهنا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه ، ولان البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فان كان البائع مقرراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري اما أن يقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع اليه لانه لاحدهما ، وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئاً فهو للمشتري لان البائع قد أقر له به ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لان البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً انما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فانه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه

( مسألة ) ( وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع )

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على إسلامه. ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا.

﴿مسئلة﴾ قال (وان اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفيعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبخاري وأصحاب الرأي. وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فان اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد ما معنى قول النبي ﷺ من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه. وقد جاء في بعض الحديث «ولا يحل» إلا أن يعرضها عليه. إذا كانت الشفعة ثابتة. فقال: ما هو ببيع من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة. وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث.

قال ابن المنذر: وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفيعته وقال مرة لا تبطل. واحتجوا بقول النبي ﷺ من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل أن يبيع حتى يستأذن.

إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي. وقال ابن أبي ليلى والبخاري عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهة فكانت عهدة عليه.

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول، وقياسه على المشتري في جعل عهدة على البائع لا يصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما اذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به.

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللمشتري رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء، ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكة فان شاء أخذ وان شاء ترك « ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى « ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه باذنه لاحق « ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه لإحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فانه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعته وان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول انه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كالأبرأ مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليباع ذلك ان أراد فتحفه عليه المؤنة ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لإسقاط حقه من شفخته

(فصل) اذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفخته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي « وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة « لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو وكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه وكيل فلا تسقط شفخته كالأخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان الشفيع أخذه علما بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبه ما لو رده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كالمشتري ففيزين فتألف أحدها وأخذ الآخر فعلى هذا ما يأخذ من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلمها فللشفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفيع أرضه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أقطعه عن المشتري توفّر عليه كالموكل زاد على الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم الموكل يشترط وفيه رواية



الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها ، وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفيعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه . فعلى هذا لو قال لشريكه بيع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

( فصل ) وان ضمن الشفيع العدة للمشتري أو شرط الخيار فاختر امضاء العقد لم تسقط شفيعته وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم فاشبهه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والعمو عن الشفعة قبل تمام البيع ، وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه

( فصل ) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشتري به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها وللمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة ، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشتراط البراءة وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم ماله علمه المشتري دون الشفيع

( مسألة ) ( وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قل وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا قات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كالمقبضه المشتري والله أعلم

( مسألة ) ( ولو ورث اثنان شقفا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه ) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من شريك أبيه لا اشتراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كالملكوا كلهم بسبب واحد لان الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكره لأصل

المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة اشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشترى الأجنبي لنفسه أو لشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته ■ وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لانه لا يملك تبيع صفة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقربا تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان انكر الشريك كون الشراء وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فلا شفعه أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري باستحقاق ذلك ■

(فصل) وان قال أحد الشفعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها المعترف بالصحة وكذلك ان قال ما اشتريته إنما انهيته وصدقه الآخر انه اشترى فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار النزع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو وراثه أو انهاء أو واصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو وورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباع إحدى البنيتين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأرضاً فباع أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثله لاثنتين فباع أحد الشريكين الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

❦ مسألة ❦ (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعبي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو اُحتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا نسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا اعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فاشبهه ما لو سقطت بالسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فانكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم انه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشراء ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وان قال المنكر المدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لانه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقربين ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فان حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمي في المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة ولأنها اذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان ثبتت على الذمي مع دقائه أولى

(فصل) وثبتت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولا تماثل في الدين فتثبت لاحدهما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافاً فان تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه وان جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة اذا كان الثمن خيراً لأنها مال لهم فاشبهه ما لو تبايعوا بدراهم لكن ان كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وان كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر ولنا أنه عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولا نه عقد بشئ محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا سلم أن الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كالحرم الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وإنما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لانا لا تعرض لما فعلوه بما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فتثبت الشفعة لمن حكمنا باسلامه منهم كالفاسق بالافعال لعموم الادلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد انه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ واذكر

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يده مشتريه لانه لا شريك له في شفيعته وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه في شفيعته وبأخذ نصيبه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافي يده الثاني وربع مافي يده الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الاول نصف الثمن الاول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذهما منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كاهتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن المصر وعموم الأدلة واشتراكها في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لازى في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا ان يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه

(مسئلة) وهل تجب الشفعة المضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتره من مال المضاربة؟ على وجهين

لا يختلف . وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها والآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه . وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلاثة نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلاثة من الثاني، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتهما بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك وبصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعة وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني

( فصل ) إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها، فإن تركها فلب رب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عقو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عقوه كالأذن له، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شقيقه ولا ربح في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره، وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك، وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرناه، فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فاشبهه شراءه من نفسه

( فصل ) إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بالف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فها كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة . وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهما أخصاً لرب المال خمسها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشریک آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منها

( فصل ) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين



ثالث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثالث وهو ثلثاه وذلك تسعاً الدار فيأخذ من بكر ثاني ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعته خمسة أنساعه زيد ثالث شفته فيقسم بينهما اثلاثاً ونصف المسئلة من مائة واثنتين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً وعمرو وثلثاها بشفعة ستة وثلاثون سهماً بأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثاها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل زيد اثنان وثلاثون سهماً وبكر ثلاثون سهماً وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما اثلاثاً، وان عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد اثلاثاً ويحصل عمرو أربعة أنساع الدار لزيد تسعها وبكر ثلثها ونصف من تسعة وان باع بكر السدس لأجنبي فهو كبيع إياه لعمرو الآن لعمرو العفو عن شفعة في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وان باع بكر الثالث لأجنبي فعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسم يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعة، وان أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعة فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف انبى على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعة كلها لانه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعة وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

( فصل ) فان قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة، وكذلك ان قال ما اشتريته إنما آتيته وصدقه الآخر ان اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا يبيع أو لا يبيع صحيح، ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسم وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا وتصح أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه . ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما اثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمان أربعة أنساع مبيعه . وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفעתه في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كالم لو لم يبع شيئا ( الثاني ) تبطل شفעתه كلها ( والثالث ) تبطل في قدر ماباع وتبقى فيما لم يبع . وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ماباعه ففيها ثلاثة أوجه أحدها ) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا المشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه ( والثاني ) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكر آ بالسهم المستحق بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر ( والثالث ) ان عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط اطال ، وخرج الى الاملال

البيع وقال لأشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد ان له شفعة وطالب بها فارتفعوا الى حاكم فيحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق ( فصل ) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فأنكره ثم صالحه عن دعواه بثلاث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان مأخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم أنه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشروء ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة . وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلاث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه لانه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له . وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقطين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

وانما ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصالح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استتدذه بصالحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

( فصل ) إذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لاجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيها فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لانه لا شريك له في شفעתه وان أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم اثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك . وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بجماله ، وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما . من المالك مثل ما للمطالب بشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر . وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان . والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر . وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين . وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع واحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعته ، ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثالث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه الى الاول ، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع الى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع ، وان أخذ بالعقد أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمانه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وان كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف ، وان كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لاجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع الى المشتري ثمنه وان أخذ بالبائع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

(مسئلة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجملة ذلك أن الذي إذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والحنبري وأصحاب الرأي اعموم قوله عليه السلام «لا يجل» أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولا نه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان بحققة أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعها للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولأن ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منها تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أوسع يدفع الشريك الثمن الى المشتري الاول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه، وإن أخذ بالعقدين أخذ من من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أوسع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أوسع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أوسع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها وعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمرا سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه لثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أوسع لزيد ثلث شفعتها فتقسم بينهما أثلاثا وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثها بشفعتها ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي

خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي عموم الأدلة الموجبة . لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلأن ثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى

(فصل) وثبتت للذمي على الذمي عموم الأخبار ولأنها تساوى في الدين والحرمة فثبت لأحدهما على الآخر كالسلم على المسلم . ولا نعلم في هذا خلافاً . وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم . بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خمرًا لأنها مال لهم فأشبهه مالو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر

ولنا أنه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ، ولأنه عقد بثمن محرم أشبهه البيع بالخنزير والميتة . ولا نسلم إن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كحرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير . وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكوا إلينا قبل تمامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقابض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فنحكم بإسلامه فله الشفعة لأنه مسلم فثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

أشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلاثا عشرة عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ، ويدفع بكر إلى عمرو ثلثي الثمن في البيع الأول وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الثاني بينهما أثلاثاً ، فإن عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثاً ، ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار ولزيد تسعها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ، وإن باع بكر السدس لاجنبي فهو كيبيعه إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفците في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لاجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثيهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتصح أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعته ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أتساع مبيعته بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعته ، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدساً لم تبطل شفците في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كالأول لم يبع شيئاً (والثاني) تبطل شفците كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فلما



وقد روى حرب ان أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروى عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمتقدم ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخناق القرآن فلا شفعة لان الشفعة اذا لم تثبت للمغني الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبديوي على القروي والقروي على البديوي في قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الأدلة واشترائهما في المعنى المقتضي لجوب الشفعة

(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لان أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة انما تكون في البيع، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعاً للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئاً لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لاطال وخرج الى الاملال (فصل) اذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة

عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعة بينهما وبين شفعيه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين، وتصح من ستة عشر وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم يعف عنه ربع (الجزء الخامس) ٧٠ (المغني والشرح الكبير)

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا أن يحكم بيع ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه ، فان فعل ذلك ثبت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

## كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بحزم معلوم له من ثمره ، وأما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك ، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من تمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلهم الى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان اجماعاً ، فان قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثالث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ونصف من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدها ولم يعف أحدها عن صاحبه أخذ من لم يعف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها وتصح أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدها عن الآخر ولم يعف الآخر فالغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منها سدس وثمان وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

### باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بحزم معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يستقون من الآبار ، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من تمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم الى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان اجماعاً

حديث معاملة أهل خيبر قد رجم عنه وقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعالهم لم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما نصاب الأرض ويسلم ذلك فبينما ، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضا بشي غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يبرهن حديثه ، وقال طائفة من أهلهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال : لان يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما ، رواه البخاري ومسلم وأبو زر بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

( مسألة ) تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر ما كول ببعض ثمرته

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لان الخبر إنما ورد بهافيه ، وقال الشافعي لا تجوز إلا في النخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرتهما ، وفي سائر الشجر قولان ( أحدهما ) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في ثمراتها فاشبهه بالثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفها فان قيل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج ان رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة ولا ينعقد الاجماع مع مخالفته ، ويدل على نسخ حديث ابن عمر أيضا رجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعالهم ؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر في تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الغنيتين فجاز ذلك كالمضاربة بالاثمان

(مسئلة) قال أبو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم

يجعل للعامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لأن الزكاة لا تجب في نمائه فأشبهه مالا ثمرة له . وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمرة مجبولة أشبهه إجارة نفسه بثمره غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده عنه قال كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا فاما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضاً بثيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال «لأن يمنع أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع ، عليه فكيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده ؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرهما رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته . والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الغنيتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض ثأته فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكره بالمضاربة فانه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما في ابطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر، ولأنه شجر يشمر كل حول فأشبهه النخل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه.

( فصل ) فأما مالا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة إلا أن يكون مما يقصد ورقه كالنوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لأنه ثمر يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فأما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجمع عليه، فأما في إبطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر رواه الدارقطني ولأنه شجر يشمر كل حول فأشبهه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فأشبهه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه.

( فصل ) فأما مالا ثمر له كالصفصاف والجوز أوله ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأن المساقاة انما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة إلا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالنوت



(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (أحدهما) تجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحمد قولي الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأخير والسقي وإصلاح الثمرة ، فإن بقي ما لا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالأول بدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض ثمائه فلم يجز بعد ظهور الماء كالمضاربة ، ولأن هذا جعل العقد إجارة بعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجر على العمل بذلك

وقولهم أنه أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليست من مقتضى الجواز ، ولا كثرة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث الماء الموجود على ملكها على ما شرطه لم يجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح (فصل) فأما قول الحرقى (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمرة) فيبدل على شيئين (أحدهما) أن

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لأنه موضوعها حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها ، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الالفاظ نحو فالتك واعمل في بستانى هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبهه لأن القصد المعنى فإذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع (مسئلة) (وتصح بلفظ الاجارة في أحد الوجهين)

لأنه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المنفق عليها والثاني لا تصح وهو اختيار أبي الخطاب لأن الاجارة يشترط لها كون العوض معلوماً وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لماذا كرنا ﴿مسئلة﴾ (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الاجارة ذكره أبو الخطاب)

فغنى قوله أجرتك هذه الأرض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالاجارة على سبيل المجاز كما يعبر عن الشجاع بالأسد ، فعلى هذا يكون نهي عليه السلام عنها بثلث أو ربع إنما ينصرف إلى الاجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لأنها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الأرض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثالث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء جعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالحسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم تكن القسمة بينها، ولو ساقاه على أصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستغفر رب الشجر أو ربما أكثر الحاصل فيستغفر العامل، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، وهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً

قال رافع كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم يمتنع عليه، فتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) أن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

مسألة (وهل تصح على ثمرة موجودة؟) على روايتين (أحداها) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الغرر فيها فصح وجودها وقلة الغرر فيها أولى وإنما تصح إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأجير والسقي واصلاح الثمرة فإن بقي مالا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو ثمر، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالمبدأ صلاح الثمرة ولأنه عقد على العمل في المال يبعث نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولأن هذا يجعل اجارة معلوم ومجهول فلم يصح كالمبدأ استأجره على العمل بذلك، وقولهم إنها أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليس من المقتضي للجواز ولا كثرتة الموجودة في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث البناء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا اثبات عقد ليس في معناه الحاقاً به كالمبدأ صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح، ومن نصر الوجه الأول قال نص النبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المعدومة بجزء منها تنبيه على جوازها على الموجودة لما

حامد يصح والباقي للعامل . وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعاملاً ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلاث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان . أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعلمان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر يخالف القدر المشروط من الآخر ، وإن لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما لم يجز لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير . ولو قال : ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثالث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعثك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال بالنصف من أحدهما والثالث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه . ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثالث وهما متميزان صح لأنهما كبستانين

(فصل) وإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملاً واحداً على أن نصف نصيب أحدهما وثالث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان . ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لأنه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لأنها لا تحتاج إلى عمل وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فإنه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الأولى فإن العمل يزيد فيها فافترقا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف ، وفيه الأقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فإن قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وإن قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

﴿مسئلة﴾ (وإن ساقاه على شجر بغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح)

والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صغار الشجر على ما بينته قال أحمد في رواية المروزي فيمن قال لرجل أغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة فلك بمالك كذا وكذا سهماً من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خبير في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما اكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كالمال جازاً بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصيح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لها التساوي في النصيب ويجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصيح كما لو شرط له من كل نوع قدراً

(فصل) ولو دفع الى رجل بستاناً فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر تجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربه وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعثك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح

فأخذها وان اختار العامل قلع شجرة فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الغرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يفرسها على أن الشجر بينهما لم يحز ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره فاما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فذلك فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يشترط اشتراكهما في الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو النخيل ليكون الاصل ثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بحزم معلوم من الثمرة كالثلث والربع لحديث ابن عمر في خير وسواء قل الجزء أو أكثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة، فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يحز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصعاً معلوماً أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم يحز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل فيضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بعينه لانه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكتري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقي وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيراً جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم ■ كتنفى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سيجاه فله الثلث وان سقى بكافة فله النصف لم يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتخرج ان يصح قياسا على مسئة الاجارة ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها ويخرج فيها مثل ماخرج فيها ■ ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعثك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وانما فسد للمعنيين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا منفق عليه، فتي شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمره كلها لرب المال لانها تمام ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشترط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سبباً لتسلمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة أنبنى على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلاً لانه لا يجوز الى نفسه ففعلاً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلاً



( فصل ) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمر صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بملكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً ، واذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فاذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبهه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء ، وذكر أصحابنا جهاً آخر انه يستحق أجر مثله لان المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح ولم يسلم العوض فيكون له أجر مثله

ولنا انه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين ( أحدهما ) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً ( والثاني ) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين ( أحدهما ) أن النكاح صحيح وهذا فاسد ( والثاني ) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لاوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كعدمها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا ( فصل ) واذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والسكرم فشرط للعامل من كل جنس قدرًا كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع السكرم أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدرًا وهما يعرفان قدر كل نوع صح لان ذلك كثلثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر ، وان لم يعلم قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لانها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كقوله بعثك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يعينه لم يصح الجهالة لانه لا يعلم الذي يستحق نصفه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا والنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانها كبستانين

( فصل ) فان كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنتين عقدان، ولو أفر دكل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما ان شرطاً قدرًا واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كما لو قالاً بعتك

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملوا معاً فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيه. وان كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط فضل ما في مقابلة عمله استحق مافضل من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء. إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع (فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرة وما أشبه هذا لان القصد المعنى فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيم، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوي في النصيب وان يشترط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية اثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرأ

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه

(مسئلة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أو ما إليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرج له صاحب الضيعة فلم يمتعه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرة بنصف ثمرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقدم لأنه مؤيد للمعنى فصيح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد تجوز اجارة الارض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما إذا أريد بالاجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك قطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة الدولاب والحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فعليه تسميته وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الدولاب وحفر بئر وشراء ما يلحق به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وان تكرر لأن هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لأنه لو كان جائزا كان لرب المال فسخه اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ نقرمكم على ذلك ما شئنا ولو كان لازما لم يحز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الحيرة اليه في مدة اقرارهم، ولأن النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لنقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلاهم من أرض الحجاز وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يحز اخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من ثناء المال فكان جائزا كال مضاربة، وفارق الاجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولأن عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة بقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفتقر الى ذكر مدة لأن النبي ﷺ لم يضرب لاهل خيبر مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولأنه عقد جائز فلم يفتقر الى ضرب مدة كال مضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدها بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت ما يلقح به . والاولى انها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الاصول والثمرة معا كالسبح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة . وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشرأ ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فجري مجرى ما يلقح به وتفريق ذلك في الارض على العامل كالتلقيح . وإن أطلقا العقد ولم يبين ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط بخلاف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الحرق في المضاربة ، لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه . امكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجمالة اذا فسخ قبل اتمام عمله ، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجمالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم افضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلاً

(مسئلة) فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة

ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانها نفضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالملك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تتقدراً أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً ( فصل ) فاما الجذاذ والحصاد والاقطاط فهو على العامل نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على العامل فحاز لان العمل عليه وإن لم بشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبهه نقله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم ، ولان هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس وما ذكره يبطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبهه المخزن

( فصل ) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان ( أحدهما ) كما ذكرنا ( والثاني ) يجوز لان غلمان ماله فحاز أن تعمل تبعاً لماله كشور الدولا ب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أكثر من ثلاثين سنة وهذا يحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكها في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة ( مسألة ) ( فان شرطاً مدة لا تكمل فيها لم يصح )

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجرة مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقاعليه كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

( فصل ) فان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء أشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها

( مسألة ) ( وان شرطاً مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل ففي صحة المساقاة وجهان ) ( أحدهما ) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه ( والثاني ) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالتسليم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن



يعملون معه فنقتطعهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرنا نفقتهم فهي على رب المال . وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقى ، ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لان العمل على المساقى غرؤنة من يعمله عليه كؤونة غلمانة

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها . وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة نحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولانه مجهول، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليهم من الحماين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كاستئنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أو ما إليه في رواية الاثرم . وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرجها صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يحجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرطاً مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطاه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان مات العامل تم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته) وجملة ذلك اننا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يقتقر الى ذكر مدة لان ابقاءها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتج الى مدة، فان قدرها مدة، جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بناء في المضاربة والمساقاة مثلها . فعلى هذا تنفسخ بعوت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما، فلما ان قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لازم أشبه الاجارة، فان كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ■ وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالأجارة ■ ولأنه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه إذا أدرك الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر

ولنا ما روى مسلم بإسناده ■ أن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من تمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ ■ تقررتم على ذلك ما شئتم ولو كان لازماً لم يجوز غير تقدير مدة ولأن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم ولأن النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجوز إخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من ثمن المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه المضاربة وفارق الأجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ولأن عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الأجارة بقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد أدراك الثمرة قلنا إذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غير ■ كإلحاق المضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خير مدة معلومة حين عاملوهم ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى

فعل هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

﴿مسألة﴾ (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فإن فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجرة ■

على وجهين)

أما إذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما إذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وإن احتسج إلى بيع الجميع يبيع ثم لا يخلو ما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أو لا فإن كان قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أباي البيع والشراء يباع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يعمله والباقي لورثته، وإن كانت لم يبد صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لاجنبي لم يجوز إلا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك إلا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالأجنبي (والثاني) يجوز كما إذا باع نخلاً مؤبراً جاز للمشتري أن يبتاع الثمرة التي للبائع من غير شرط القطع وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل إذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل، فأما إن فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لأنه عمل بعوض لم يضح له فكانت له الأجرة

(الجزء الخامس)

ضرب مدة المضاربة وسائر العقود الجائزة ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء. **■** لأنه رضي باسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجمالة إذا فسخ قبل تمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه تمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجمالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما أن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الأعلى مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجاز به بعض أهل الكوفة استعساناً لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ولأن المساقاة أشبه بالاجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

❖ **مسئلة** ❖ (وكذلك أن هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

أن كان العقد جائزاً فرب المال الأرض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له ما لا أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل فإن تعذر ذلك فرب المال الفسخ لما ذكرناه وأما الميت فلا يقتض عليه لأنه لادئمه والأولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

❖ **مسئلة** ❖ (فإن عمل فيها رب المال باذن حاكم أو اشهاد رجوع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأففق بنية الرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجوع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالاتفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصداقة والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

بالسنة لانه تحكم وقد تكل الثمرة في أقل من السنة، فعلى هذا لا يتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا بصار اليه الا بنص أو إجماع، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة. فان ساقاه على مدة لا تكل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء. لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالتبرع، والاول أصح لان هذا لم يرخص الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي انفق عليه اليه كان أجر مثله كافي الاجارة الفاسدة، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض. وان ساقاه الى مدة تكل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة فلا شيء. للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبهه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها. وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي صحة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس القالب وجوده فلم تصح كالمسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله ( ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزرار والتفليح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع الشمس )

وجملة ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرث الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة وإصلاح الاجاحين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم. وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

﴿مسئلة﴾ (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر البئر والدولاب وما يديره )

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلق العقد وان شرطاً ذلك كان تأكيدياً وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا فلا. قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل، فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقدر الحرث ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمل أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء. وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلاحق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

( فصل ) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه. وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد العقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين ( أحدهما ) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح ( والثاني ) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

( فصل ) ومتى قلنا بجوازها لم ينقر الى ضرب مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء. فلم نحتاج الى مدة كالمضاربة. وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير وقد تبيننا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كغيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمرات معاً ككسح النهر هو على من شرط عليه منها وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل. فاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلقح به وتفريقه في الارض على العامل كالتلقيح.

( فصل ) فان شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوماً لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

( فصل ) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كنور



في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه. وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الاجارة. لكن إن كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس بما يمكن ذلك فيه. فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال انفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كالأمر تعذر ثمن المبيع قبل قبضه. ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك. وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع. ثم لا يخلو إما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبدأ فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من عمله وما فضل لورثته. وإن كان لم يبدأ صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره. وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل. وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن، فإذا شرط غلاماً يعملون معه فنفتقهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقا فهي على رب المال وهذا قال الشافعي وقال مالك نفتقهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فتونة من عمله عليه كفتونة غلامانه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لأنه اشترط عليه ما يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة نحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجرة من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك إن لم يقدره لذلك لأنه مجهول، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج إليهم من الخالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنسخ إذا قلنا بلزومها وبستان الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فان عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر . وان أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بذية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه . وان تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء . كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيها إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها للحكم ههنا سواء (فصل) وان هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز . وان قلنا بلزومه فحكمه حكم مالو مات وأبي وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل . وان لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل فان لم يجد فلرب المال الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له

( فصل ) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعي عليه من خيانة لان رب المال ائتمنه بدفع ماله اليه فهو كالمضارب فان أتهم حلف فان ثبتت خيانتة باقرار أو بيينة أو نكوله ضم اليه من يشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه مالو فسق بغير الخيانة ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نسلم إمكان استيفاء

لان رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فان أتهم حلف وان ثبتت خيانتة ضم اليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانتة فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله . وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه مالو فسق بغير الخيانة

لنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك بعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقت فلا يلزم رب المال أئتمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله ، فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم اليه غيره ولا تنزع يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وان عجز بالسكية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لان عليه تمام العمل وهذا من تمامه (فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي الثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ، وأما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كمثلنا وان سلم فالفرق بينهما ان الربح وقاية

المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وانما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك بعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقتك فلا يلزم رب المال انما انتك وفارق فسخه بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله

(فصل) فان عجز عن العمل لضيقه مع أمانته ضم اليه غيره ولا ينزع من يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وان عجز بالسكية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضوعين لان عليه توفية العمل وهذا من توفيته

(فصل) وان اختلفا في الجزاء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل اذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سببا تسلمه للحائض والعمل ، وقال الشافعي بتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناوله المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر لزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فان كان مع أحدهما بيعة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بيعة ففي أيهما تقدم بيئته وجهان بناء على بيعة الداخل والخارج، فان كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع ضررا ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا كانت شهادته كعدمها، ولو كان العامل اثنتين ورب المال واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فانه لو تلفت الاصول كلها كان الثمر بينهما. إذا ثبت ذلك فانه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصاباً نص عليه أحد في المزارعة فان لم تبلغ نصاباً الا بجمعهما لم تجب الا على قولنا ان الخلطة تؤثر في غير الساعة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فان بلغت حصته احدهما نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة الا ان يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به النصاب من موضع آخر فيجب عليها جميعاً، وان كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصاباً وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث ان كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائض ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم ان اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق

(فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها ولو أنفقت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما القراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور كما سئلنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء، ولذلك لو أنفقت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما. فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصيباً نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب لا يجمعهما لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصيباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيباً الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يترتب به النصاب من مواضع أخرى فتجب عليهما جميعاً الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان مجموعهما نصيباً فعليه الزكاة في حصته، وإن كان أحد الشرعيين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيباً بهذا كله قال مالك والشافعي، وقال القسبي إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الحراج يجب أحجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم إذا دفع السلطان أرض الحراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الحرق في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه ههنا

(فصل) ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لأنه ربما يحدث من التماء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقترزة معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجوز وكذلك لو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فهذا يفسد العقد سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساواة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزة مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) إذا ساقاه رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجوز وبه قال أبو يوسف وأبو نوح وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرس النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيروهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون ألف وسق

( فصل ) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كالأجير استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : اذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فانه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كذا ذكره الخري في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا ههنا إن شاء الله تعالى

( مسألة ) قال ( ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم )

يعني اذا شرط جزءا معلوما من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزء من ثمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما ان استأجر أرضاً فانه يزارع غيره فيها لان منافعتها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لانها كالمستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقت ويساقى على شجره لانه اما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة

( فصل ) وان ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبهه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضررها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربه وان نقصت فله ارش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب ، وان استحققت بعد أن اقتسماها وأكلها فللمالك تضمين من شاء منهما فان ضمن الغاصب فله تضمينه السكول وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه السكول رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً



ربما لم يحدث من التنازل ما يساوي تلك الدراهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقترزة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجوز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها ان يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) واذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض والشجر لم يجوز ذلك . وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازاه مالك إذا جاء رجل أمين . ولنا انه عامل في المال بجزء من ثمرته فلم يجوز أن يعمل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل فأما ان استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها لانها صارت منافعة مستحقة له فذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج . كذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية ان يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، والموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم (فصل) واذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً ويكون له فيها

شيئاً وقال كله فانه طعامي ثم تبين أنه مقصوب ، وان ضمن العامل احتمال أنه لا يضمه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعيّاً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمته الكل رجح على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما صار اليه وجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمها ومن قال لا يكون قابضاً الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

(مسئلة) (وان شرط إن سقى سبياً فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف وان زرعها شعيراً فله الربع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله ، فأما إن قال ما زرعها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطراً ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلاثي الباقلات وبيننا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المكان وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الاقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي اننا قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتاج الى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام (أحدها) أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فإن حمل فيها فله ما شرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقم فاسداً فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئاً، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة ان يشتركا في النماء والفائدة فاذا شرط اشتراكهما في الاصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدة بقائها لم يجز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر ينمرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضاً والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قحاً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدي شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفي به

(مسئلة) (وان قال ما زرعته من شعير فلي ربه وما زرعته من حنطة فلي نصفه لم يصح) لان ما يزرعه من كل واحد منهما مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منها  
(مسئلة) (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه يشترط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعثك هذا على أن تبني هذا وتشترى مني هذا وإنما فسد لمعينين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

(فصل) ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سبعا له الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة ذلك بعمل كذا وكذا سهماً من كذا وكذا، فأجازه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروایتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها وبضمنه إرض نقصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشقيع فأخذها، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لأنه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن انفقا على إبقاء الغرس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجوز على ما سبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينهما وبين صاحب الأرض

(فصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصاركاً أنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه يستعمله بالاعوض فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر المثل لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح إذا لم يسلم له المسمى بحجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة يفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لاوجب قبل العمل ولاخلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وإن وجب بالاصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لاوجب وهذا بخلافه وإن وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما أن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معه فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل أن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالعامل فاسدة وجهاً واحداً ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ففسد ۥ لو دفع اليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما

( فصل ) وإن ساقاه على شجر فيان مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجر ۥ عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربه وإن نقصت فلربها أرش نقصها ۥ يرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ۥ وإن استحققت بعد أن اقتسمها وأكلاها فلربها نصيب من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وبضمن العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجسيم فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء، لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً شيئاً وقال له كلفه فانه طعماني ثم تبين أنه مغصوب، وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ياقبض الثمرة كلها وإنما كان مراعياً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببطل نصيبه منها وأجر مثله، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير ۥ وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ۥ قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

### ﴿ باب المزارعة ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال ( وتجاوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض )

معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع

### فصل في المزارعة

(مسألة) ( تجاوز المزارعة بحجز معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين  
وعن رأي ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهري  
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن  
يزيد قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا  
بالبذر فلم يكرها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة

وروي عن ابن عباس الامران جميعا وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل اذا كان بياض  
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر  
على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية

ابن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروى  
ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر  
بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلم يكرها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو  
حنيفة وروى عن ابن عباس الامران جميعاً، وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل إذا كان بياض  
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا  
نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله  
عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع قلنا ما ذاك قال : قال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثل ولا برهم ولا بطعام مسمى »  
وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ  
عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخايرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها  
والخايرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخير الاكار وقيل الخايرة  
معاملة أهل خيبر وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث  
والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو لينحها فان لم يفعل  
فانيمسك أرضه » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد بن ثابت قال نهى  
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخايرة قلت وما الخايرة قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »  
ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها  
من زرع أو ثمر متفق عليه، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل  
رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم الى اليوم  
يعطون الثلث والرابع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم  
أهلهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده



رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله ﷺ من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلث ولا برهم ولا بطعام مسعى وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المحابرة. وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها،

والمحابرة المزارعة واشتقاقها من الحبار وهي الأرض المينة والخير الأكار. وقبل المحابرة معاملة أهل خيبر. وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي ﷺ من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه. وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحابرة. قالت وما المحابرة؟ قال أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع.

ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه. وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله.

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع. وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به، وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقاً ثمراً وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر بخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لمن من الماء والأرض أو يمضي لمن الأوسق فمن من اختار الأرض ومن من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الأرض، فإن قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمشيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى نسخ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاه قصة خيبر وعملهم فيها؟ وأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ففناها عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرأ وعشرون وسقا شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لمن من الأرض والماء أو يمضي لمن الاوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الأرض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخه في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه ( أحدها ) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فانه قال كنا من أكثر لانصار حقلنا فكاننا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاننا عن ذلك فأما بالذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما أي معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين ( الثاني ) أن خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

( الثالث ) أن أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلة تدل على أنه انتهى كالأخبار ( منها ) الذي ذكرنا ( ومنها ) خمس أخرى وقد أنكروه فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس قال زيد أنا أعلم بذلك منه وأما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تسكروا والمزارع » رواه أبو داود، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الخابرة فأنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنع أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساد كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عموماته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب حمله على أنه منسوخ

أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعمل يدل على أن النهي كان لذلك منها الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى « وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه « وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع » رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحجارة فأنهم يزعمون ان النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم أخاه خير » من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً »

ثم ان أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ، ومنها ما لا يخالف في فساد كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سمائه وتارة عن ظهير

لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين فحق كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن الحجارة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان مذبوحاً بقصة خير لاستحالة نسخه كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الارض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه بعيد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره روايه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضى الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض احتمالاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهلبيهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا اليه يجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمه الله عليه وما روي في مخالفته فقد بينا فساداً فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم

ابن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التوار التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعدر الجمع لو جب حمله على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين « ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين ، فمتى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المحاربة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضا فيجب الجمع بين حديثيه مما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة بأبي منها أربعون ألف وسق ايس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم انقصه على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي بما ذكرناه « وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما مره روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوع لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الأرض عين تسمى بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض ثمارها كالمال في المضاربة والنخل في المساقاة ، ولانه أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الأرض لا يقدرّون على زرعها والعمل عليها والا كرهة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقترض الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا آكد لان الحاجة الى الزرع آكد منها الى غيره لكونه قوتا ولان الأرض لا ينفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال والله أعلم

(مسئلة) ( فان كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح )

سواء قل بياض الأرض أو أكثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة « فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وكذلك ان قال عاملتك على النصف لان المعاملة تشبه الماء ، وان قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجمع . في كل نوع قدراً « وان قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج الى السقي ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الأرض فصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفة

ان قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحدين • وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه • فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة • وعن الخلفاء الاربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان إجماعا • وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعا من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه • فان الارض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض ثمنائها كالأمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض قد لا يقدر على زرعها والعمل عليها والأجرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا أكد لان الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه مقتانا ولكون الارض لا ينفع بها الا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا والشارع لا ينهي عن المنافع وانما ينهي عن المضار والمفاسد فبدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقديشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كلعقد بلفظ البيع في السلم، وهكذا إن قال في الارض • بيعنا ساقيتك على هذه الارض بنصف ما يزرع فيها، فان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف: للدخل زرع البياض • فان تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وان اشترط صاحب الارض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يحز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازته مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعاً، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يحز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجرة بياض الارض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة • وقبل لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن بفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

(مسئلة) (ولا يشترط كون البذر من رب الارض وظاهر المذهب اشتراطه)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب الارض نص



فما ظنه منبها عنه . اذا ثبت هذا فان حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها

( فصل ) واذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو أكثر نص عليه أحمد . وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز . وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن المعاملة تشملهما . وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا . وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه . وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد بشاركة في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم ولأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف للداخل زرع البياض فإن

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الخريفي وعمامة الأصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي وإسحاق لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة . وروي عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنابي الرجل يكون له الأرض فيها نخيل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر . فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، روي نحوه ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولنا ثالثا ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله ﷺ شرط ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئا آخر وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المعمول به في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطا لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجوز تركه ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعا فروى البخاري عنه أنه عامل الناس على

تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

( فصل ) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل عمرتها أو يهدا قال الشافعي وابن المنذر وأجازة مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعها . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

( فصل ) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة . ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الخيل

( مسألة ) قال ( إذا كان البذر من رب الارض )

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالساقاة والمضاربة

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاء وابالبذر فلهم كذا . وظاهر هذا ان ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر . قلنا يحمل على انه فعل ذلك ليخبرهم في أي العقدين شاء . وا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعثك بعشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختر أحدهما فعقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون محبته بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد . ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما

( فصل ) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لانها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكمتا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتمتقان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يذرعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز. وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثانياً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرتها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والاصل الماعول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ أصحابه لنقل ولم يجز الإخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فإن البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطاً التساوي في الزرع أو شرطاً لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

( فصل ) فإن قال صاحب الأرض أجزت لك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة بقرتك وآتتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها اجرة لأرض أخرى أو داراً لم يجز والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وإن كان الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض وإن قال أجزت لك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرتك وآتتك وأخرج البذر فهي كآتي قبليها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال ( مسألة ) ( فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسم الباقي لم يصح )

لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزاناً معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بهما وبما لا يخرج به وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع ( مسألة ) وكذلك لو شرطاً لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرطاً لاحدهما ماعلى الجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء )

لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه ربما تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان اجماعاً ، فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فن اختار عقداً عقده معهما معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتهك بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما ففقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه . جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الاجارة فيما إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من انقياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر منهما نصفين بشرط أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما . سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء . وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيتم ائصال بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وإن شرطنا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما ، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرها ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

### (مسئلة) متى فسد فالزرع لصاحب البذر

لانه عين ماله ينقلب من حال الى حال وينمي فهو كصغار الشجر اذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فان كان البذر من العامل فعليه اجرة الأرض لان ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعتها الفائتة بزرعها على الزارع وإن فسدت والبذر من رب الأرض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وإن كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على ما ذكرنا

### (مسئلة) وحكم المزارعة حكم المساقاة

فيما ذكرنا من الجواز وال لزوم وأنها لا تجوز إلا بحزم للعامل من الزرع وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض نباتها

### (مسئلة) والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما

الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ انه إذا شرط على العامل فحائز لان العمل عليه وإن لم يشرط فعلى رب المال بحصة ما يصير اليه وعلى العامل بحصة ما يصير اليه فجعل الجذاذ

(فصل) قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض، وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما ١١ ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض، وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج البذر فهي كالتى قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

(مسئلة) قال (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقسما ما بقي لم يجز)

وكانت المزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح لانه كأنه اشترط لنفسه قفراً معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لان الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا يخرجها الأرض، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الحرفي أنه فاسد فاذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبه نقله الى منزله

ولنا ان النبي ﷺ دفع خيبر الى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم ولان هذا من العمل أشبه التشميس وبه يبطل ما ذكره، وفارق النقل الى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فاشبه المخزن (فصل) وإن دفع رجل بذره الى صاحب الأرض ليزعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد لان البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع للمالك البذر وعليه أجر الأرض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على إحدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

(مسئلة) (وإن قال أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسعها بملكك والزرع بينهما روايتان)

(أحدهما) لا تصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن احمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص



المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله يتقلب من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا غرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخاء والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع عليه أجر الأرض لان ربها إنما بذلها بهوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعتها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ولو فسدت والبذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية والآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدي إلى تلف ماعين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين (أحدهما) ما يعود بحالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أفضة معينة أو أنه إن سقى سيقاً فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهالة الموقوف عليه فأشبه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وإن اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومهنا واحمد ابن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال الآخر قبلي الأرض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد ابن مسلم عن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وضعفاء وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض أو من العامل وليس هو واحد منهما وليست شركة لان الشركة تكون بالأمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ولا هي اجارة لان الاجارة تنفق الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه تمام ماله ولصاحبه عليه أجر مثلها لانهم دخلا على أن يسلم لها المسمى فإذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان الماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحمد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد لم يمتد إلى البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد . فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة

( فصل ) وان دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل . وان قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض يبذري وعواملي ويكون سقيها من مائتك والزرع بينهما روايتان ( إحداهما ) لا يصح اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذروا لأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ؟ ( والثانية ) يصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن يحنان وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

( فصل ) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن مارزق الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم ، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال

( فصل ) فان كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها يبذرونها ودواهم وأعوانهم على أن ما يخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لأن أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فان زارع رجلا أو أجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الأرض عاما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا ان صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن البذرة ترك ذلك لمن يأخذها ولهذا أبيع له النقاط ورعيه ولا نعلم خلافاً في إباحة النقاط ما خلفه الحصادون من سنبيل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى بذرته على سبيل الترك له وصار كالشيء التالف يسقط منه الثمرة والقيمة ونحوها والنوى لو انقطعت انسان فغرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

( مسألة ) ( وإن زارع شريكه في نصيبه صح )

إذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين فجعل للعامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والغني صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحول فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيغا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالاثمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تنقصر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلها لانها دخلت على أن يسلم لها المسمى فاذا لم يسلم عاد إلى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تنزه الصدقة . كسائر ماله . ولو كانت الارض ثلاثة فاشتركوها على أن يزرعوها بينهم وخواصهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ما لهم فهو جائز وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء .

( فصل ) واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها سقط من الحب شيء . فنبت في تلك الارض

أجنبياء ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف المزارع ولا يصح أن يزارع الانسان لنفسه فاذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين ما يصح ومالا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

### ( فصل في اجارة الارض )

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم « اما بشيء » معلوم مضمون فلا بأس ، وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

عاما آخر فهو اصحاب الارض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو اصحاب الحب لانه عين ماله فهو كمالو بذره قصداً

ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيح النقطه ورعيه، لا نعلم خلافاً في اباحة النقطه ما خلفه المصادون من سبيل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبدته على سبيل الترك له وصار كالشيء النافه يسقط منه كالمرة والقيمة ونحوهما والنوى لوانقطه انسان ففرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إيجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المعلوم في قول أكثر أهل العلم قال أحمد قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتاً معلوماً جائز بالذهب والفضة رويناهما هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله ﷺ عن كراء الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيهض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فانها نار رسول

الله ﷺ عن كراء الارض فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيهض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه وعن سعد قال : كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فانها نار رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة . رواد أبو داود ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالائتمان ونحوها كالدرء والحكم في العروض كالحكم في الائتمان . وأما حديثهم فقد فسر الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فان أوهموا واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ومنع منه مالك حتى منع إيجارها بالبن والعسل وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيمته ، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز واحتج مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومه قال : قال رسول الله ﷺ «من كانت أرض



الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريمها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالأمان، ونحوها كاللدور والحكم في العروض كالحكم في الأمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رايهما واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لساير الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فاما اجارتها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها بالابن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما نهيته قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز. والحجة لمالك ما روى رافع بن خديج عن بعض عمومه قال قال رسول الله ﷺ من كانت له أرض فلا يكرميها بطعام مسمى رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال «ما تصنعون بمحافلكم» قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها متفق عليه وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحافلة والمحافلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع قما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت اجارتها به كالأمان وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن اجارتها بذلك اذا كان خارجا منها وبمحتمل النهي عنه اذا أجرها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا كثراها لزرع الحنطة

فلا يكرميها بطعام مسمى رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال «ما تصنعون بمحافلكم» قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحافلة والمحافلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع قما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت اجارتها بها كالأمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك اذا كان خارجا منها وبمحتمل النهي عنه اذا أجرها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا كثراها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقرنان حنطة ليزرعها فقال أبو الخطاب فيهاروايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبها وهي قول مالك لما ذكرنا من الاحاديث ولأنه ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يحمل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير



( القسم الثاني ) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيهاروايتان ( إحداهما ) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهباً وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولا نهاذريعة الى المزارعة عليها بشي . معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله لزارعتك أجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة ( والثانية ) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير الطعام جازت به كاللدور ( القسم الثالث ) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلاث وربعم فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب واختار أبو الخطاب أنها لا تصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلاث ما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين بعوض نائبا فلم تجز كسائر الاعيان . ولانه لا نص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجوزها نصاً . والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شي مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص أحمد في الجواز فيتمين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الارض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة ( والثانية ) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير الطعام جازت به كاللدور ( القسم الثالث ) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلاث فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب . واختار أبو الخطاب أنها لا تصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلاث ما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتمين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها . ذكرناه في المساقاة

تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير  
وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله ( كتاب الاجارات )







فهرس

الجزء الخامس

من كتابي

المعنى

و  
الشرح الكبير



---

مطبعة المنكا ريمضير

١٣٤٧

فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٤	٢ (كتاب الصلح)
٣٥	٣ الخلاف في ان الصلح يكون عند الاقرار أو
٣٦	عند الانكار وأقسامه
الحشب عليه	٤ مسائل في الصلح بمعنى الهبة
٣٧	٦ الصلح عن الحق بغير جنسه وأقسامه الثلاث
٣٩	٩ صحة الصلح مع انكار الحق والاستدلال على ذلك
٤١	١١ حكم الصلح على الشقص المشفوع
٤٣	١٢ حكم مصالحة الاجنبي عن المنكر
٤٥	١٣ فروع في مصالحة الاجنبي عن المنكر
٤٧	١٥ حكم الصلح مع الاقرار والقول بطلانه وأنه
٤٩	ليس بصلح
وما أشبهها	١٧ أحكام الصلح بمعنى الابراء
٥٠	١٨ » » » الهبة أنواع الصلح الباطلة
٥٢	١٩ الصلح على بعض المدعي أو على منفعة
٥٣	٢٠ فروع في الصلح على غير المدعي وعلى إجراء
٥٤	الماء في الارض
٥٥	٢١ الصلح على ترك أغصان الشجر في هواء غيره
٥٦	٢٣ » » » عروق » » أرض »
٥٧	٢٤ صحة الصلح عن المجهول عيناً أو ديناً
٥٨	٢٦ » » » كل ما يجوز أخذ العوض عنه
٥٩	سواء جاز بيعه أو لا
٦٠	٢٧ الصلح عن القصاص بعبد مستحق والصلح عن
٦٢	الدار بعوض مستحق
٦٣	٢٨ الصلح على موضع قناة من أرضه يجري فيها الماء
٦٤	٢٩ الصلح على إجراء ماء المطر فوق السطح وإخراج
٦٥	الميازيب
٦٥	٣٠ الصلح على سقي أرضه من نهر غيره
٦٦	٣١ الصلح عن الاقرار بالعبودية وبطلانه
بلفظ الحوالة	٣٢ الصلح مع الشاهد على الايشهد عليه وبطلانه
٦٧	٣٣ منع اشراع الروشن الى الطريق النافذ
٣٤	منع البناء في الطريق النافذ في الدرب غير النافذ
٣٥	أحكام حفر البئر في الطريق النافذ وإخراج الميازيب
٣٦	حكم فتح الباب في الحائط المشترك ووضع
الحشب عليه	
٣٧	حكم وضع خشب السقف على جدار المسجد
٣٩	الاذن في وضع الخشب على الجدار والبناء عليه
٤١	أحكام الحائط بين مالدين إذا ادعاه كل منهما
٤٣	دعوى الحائط بين مالدين وما إذا ترجح على غيرها
٤٥	الحائط المشترك إذا تهدم وطالب أحدهما إعادته
٤٧	فروع في الاجبار على إعادة بناء الحائط المشترك
٤٩	الحائط المشترك بين مالدين والنهر والقناة
وما أشبهها	
٥٠	نقل باب الدار في الزقاق غير النافذ
٥٢	امتناع الصعود على سطحه المشرف على سطح جاره
٥٣	جواز الاتفاق على قسمة الحائط المشترك طولاً
٥٤	(كتاب الحوالة والضمان)
٥٥	من شروط الحوالة أن تكون على دين مستقر
٥٦	فروع في الحوالة على الدين المستقر
٥٧	الشرط الثالث للحوالة أن تكون بمال معلوم
٥٨	الشرط الرابع رضا المحيل
٥٩	اشتراط ملاءة المحال عليه
٦٠	وجوب قبول الحوالة إذا كانت على المثل
٦٢	اشتراط المحتال غنى المحال عليه واختلافه
٦٣	إحالة المشتري البائع بالثمن وإحالة البائع على
٦٤	المشتري به
٦٥	فروع في الحوالة بثمن المبيع والحوالة عليه
٦٥	اختلاف المحيل والمحتال هل وكله أو أحاله؟
٦٦	فروع في اختلاف المحيل والمحتال في المراد
بلفظ الحوالة	
٦٧	ادعاء المدين دفع الدين للمحتال وانكار الدائن



صفحة	صفحة
٩٥	٦٨ اختلاف المحيل والمحال والمحتمل عليه
٩٦	٦٩ الحوالة بالدين المضمون تبريء ذمة الضامن
٩٧	والمضمون عنه
٩٨	٧٠ (باب الضمان)
٩٩	٧١ الامور التي تعتبر لصحة الضمان
التسليم	٧٢ صحة ضمان المجهول وضمان ما لم يجب
١٠٠	٧٣ براءة الضامن لا تستتبع براءة المضمون عنه
١٠١	٧٤ بيان الامور التي يصح ضمانها كالجمل وارش الجناية
١٠٢	٧٥ حكم ضمان نفقة الزوجة ومال الكتابة وضمان
١٠٣	الاعيان المضمونة كالمنصوب
١٠٤	٧٦ صحة ضمان عهدة المبيع عن أحد العاقدين
١٠٥	للاخر
١٠٦	٧٧ ضمان العهدة وما يلزم للضامن فيها واحكامها
١٠٧	٧٨ فصل فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح
١٠٨	٧٩ ضمان المحجور والصبي والمكاتب
١٠٩	٨٠ صحة ضمان الدين الحال مؤجلا
والاجماع وأنواع شركة العقود	٨١ كون المضمون عنه لا يبرأ الا بآداء الضامن
١١٠ حكم مشاركة اليهود والنصارى والدليل على جوازها	٨٣ لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن
١١١ شركة الابدان. معناها وجوازها واحكامها	والمضمون عنه
وشركة العنان	٨٤ امتناع ضمان المضمون عنه للضامن لا في دين آخر
١١٢ الدليل على جواز شركة الابدان	٨٥ صحة ضمان الاثنين فاكثر عن الرجل الواحد
١١٣ صحة شركة الابدان مع اتفاق الصنائع واختلافها	٨٦ احكام رجوع الضامن على المضمون عنه بعد
١١٤ كون الربح في شركة الابدان بحسب ما اتفقوا عليه	أداء الدين
١١٥ اشتراك الرجلين لكل واحد منهما دابة على أن	٨٩ القدر الذي يرجع به الضامن على المضمون عنه
يؤجرها	٩٠ للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا
١١٦ اشتراط دراهم معلومة لأحد الشريكين في	طولب
الشركة والمضاربة لا يصح	٩١ حكم ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى
١١٨ فروع في الشركة بالدابة من أحدها والعمل من	الدين أحدهم
الآخر	٩٢ فروع في ضمان كل من المدينين للاخر
١٢٠ اشتراك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية	٩٣ دعوى الضامن قضاء الدين وانكار المضمون عنه
ومن الثالث العمل	٩٤ امتناع الخيار في الضمان والكفالة

صفحة	صفحة
١٢١	بيان أنواع الشركة الجائزة والمضاربة والوجوه
١٢٢	والعنان
١٢٣	شركة الوجوه ومعناها وجوازها
١٢٤	فروع في شركة الوجوه وأحكامها وسبب تسميتها
١٢٥	شركة العنان ومعناها وبيان رأس مالها
١٢٦	كون العروض لا يصح أن تكون رأس مال في شركة العنان
١٢٧	حكم النقرة والمشوش والفلوس حكم العروض
١٢٨	صحة الشركة مع اختلاف المالكين في الجنس
١٢٩	وتفاوتها في القدر
١٣٠	فروع فيها اذا وقعت الشركة فاسدة
١٣١	كون شركة العنان مبناه على الوكالة والامانة
١٣٢	الامور التي يتمتع على الشريك فعلها كمكاتبه الرقيق
١٣٣	والعتق على مال
١٣٤	الخلاف في هل يجوز للشريك أن يبيع نساء
١٣٥	كون الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحدها
١٣٦	شركة المضاربة وهي القراض
١٣٧	معنى المضاربة واشتقاقها والاجماع على جوازها
١٣٨	الجمع بين الشركة والمضاربة والقول بصحته
١٣٩	فروع في شركة المضاربة
١٤٠	(شركة المفاوضة وأنواعها)
١٤١	» » والخلاف في صحتها
١٤٢	كون الربح في جميع أقسام الشركة بحسب ما اتفقا عليه
١٤٣	من شروط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل
١٤٤	فروع في تقدير نصيب العامل في المضاربة
١٤٥	جواز دفع المال الى اثنين مضاربة في عقد واحد
١٤٦	حكم ما اذا شرط اجزاء آمن الربح لغير العامل
١٤٧	كون الخسران في الشركة على قدر المالكين
١٤٨	بطلان القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة
١٤٩	ضمان المضارب اذا باع نسيئة أو بغير اذن فروع في بيع مال القراض نسيئة
١٥٠	امتناع السفر بالمال على المضارب والمذاهب فيه
١٥١	الامور التي يتمتع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل
١٥٢	حكم بيع المضارب وشرائه بغير نقد البلد
١٥٣	ليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال
١٥٤	شراء المضارب امر أقرب المال وصحته
١٥٥	شراء المضارب من يعتق على رب المال باذنه جائز
١٥٦	ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال
١٥٧	يمتنع على المضارب دفع المال الى آخر مضاربة
١٥٨	فروع في دفع المضارب المال الى آخر مضاربة
١٥٩	الامور التي يتمتع على المضارب فعلها كشرائه الخمر والخنزير
١٦٠	جواز أخذ المضارب المال من اثنين
١٦١	فروع في مضاربة الواحد بمال الاثنين وأحكامها
١٦٢	ضمان المضارب اذا تعدى بفعل ما ليس له فعله
١٦٣	أخذ العامل نصيبه في الربح انما يكون بعد استيفاء رأس المال
١٦٤	كل ما جرت العادة أن يتولاه العامل وجب عليه فعله
١٦٥	انفساخ المضاربة بتلف بعض رأس المال قبل التصرف
١٦٦	كون العامل لا يستحق أخذ شيء من الربح الا بعد استيفاء رأس المال
١٦٧	فروع في جبران الخسران بالربح في المضاربة
١٦٨	حكم شراء رب المال شيئاً لنفسه من مال المضاربة
١٦٩	شراء أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة
١٧٠	حكم ما اذا ربح في سلعة وخسر في أخرى

صفحة	صفحة
١٧٥ كون القول قول رب المال في رده اليه مع يمينه	٢٠٥ الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة
١٧٦ فروع في أحكام رد الوضعية على الرج	والايمان والايلاء ونحوها
١٧٧ صحة القراض في المرض وحكم موت رب المال	٢٠٦ أحكام التوكيل في حقوق الله تعالى
أو المضارب	٢٠٧ كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه بحضرة
١٧٨ لا يجوز للمضارب أخذ شيء من الرج الا باذن	الموكل وغيبته
رب المال	٢٠٨ اشتراط الايجاب والقبول في الوكالة
١٧٩ كون المضاربة جائزة تنفسخ بالفسخ والموت	٢٠٩ جواز القبول بالقول والفعل ■ توكيل
والجنون	الوكيل غيره
١٨٠ فروع في أحكام فسخ المضاربة	٢١٠ تعليق الوكالة على شرط . حكم توكيل الوكيل
١٨١ انفساخ القراض بموت أحد المتقارضين أو جنونه	٢١١ لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، جواز
١٨٣ « المضاربة بتلف المال قبل الشراء	توكيل عبد غيره
١٨٤ أنواع الشروط في المضاربة وانقسامها الى	٢١٢ بطلان الوكالة في الاشياء غير المعلومة
صحيحه وفاسده	٢١٣ كون الوكالة عقداً جازاً من الطرفين
١٨٥ جواز التأكيد في المضاربة	٢١٤ فروع فيما اذا وكل وكيلين في تصرف واحد
١٨٦ بيان الشروط الفاسدة في المضاربة وأقسامها	٢١٥ بيان الامور التي يجوز للوكيل أن يوكل فيها
١٨٨ فروع ومسائل في المضاربة الفاسدة ■	والتي لا يجوز
١٩٠ بطلان المضاربة بالدين	٢١٧ الولي في التناكح له التوكيل في تزويج موليته
١٩١ صحة المضاربة بالوديعة	٢١٨ فروع في التوكيل في الخصومة وفي اقراره
١٩٢ صحة المضاربة بالمال المصوب	على موكله
١٩٣ أحكام الاختلاف بين رب المال والمضارب	٢١٩ كون الوكيل يملك تسليم ماوكل في بيعه
١٩٥ دعوى العامل القرضي ودعوى المالك القراض	٢٢١ أحكام اختلاف الموكل والوكيل إذا ادعى
١٩٦ الاختلاف بين الشركاء في قبض من المبيع المشترك	تلف الثمن
١٩٧ قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك	٢٢٢ اختلاف الموكل والوكيل في التصرف وعدمه
بينهما بسبب واحد	٢٢٣ اختلاف الوكيل والموكل في دعوى الرد وانكار
١٩٩ فصول في تصرفات العبد المأذون له في التجارة	الموكل
٢٠١ « كتاب الوكالة »	٢٢٤ اختلاف الموكل والوكيل في اصل الوكالة
٢٠٢ بيان الضوابط لمن يصح منه التوكيل والتوكيل	٢٢٥ فروع في اختلاف الوكيل والموكل
٢٠٣ بيان الامور التي يجوز التوكيل فيها	٢٢٦ اختلافها في صيغة الوكالة
٢٠٤ جواز التوكيل في مطالبة الحقوق وانباتها	٢٢٨ اختلافها في البيع نقداً أو نسيئة
والحكمة فيها	٢٢٩ متى قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده
	٢٣٠ حكم ما اذا وكله في شراء نقداً فاشترى مؤجلاً

صفحة	صفحة
٢٣٧ كون الوكالة لا تثبت بخبر الواحد وكذلك العزل	٢٣٢ التوكيل في قضاء الدين وفروع فيه
٢٣٨ الشهادة على التوكيل في الطلاق	٢٣٣ فروع في الاشهاد على تصرفات الوكيل
٢٣٩ حكم الحاكم بالوكالة بناء على اقرار الموكل أمامه	٢٣٧ حكم شراء الوكيل والوصي من نفسها
٢٧٠ سماع الشهادة بالوكالة عند الحاكم	٢٣٨ شراء الحاكم أو أمينه من نفسها
٢٧١ (كتاب الاقرار) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع	٢٣٩ التوكيل في التزويج واذن الوكيل في الشراء من نفسه
٢٧٢ الخلاف في اقرار الصبي المميز وصحته	٢٤٠ توكيل العبد في شراء نفسه من سيده
٢٧٣ فروع في أحكام اقرار المكره والعبد	٢٤١ فروع في تصرف الوكيل لنفسه
٢٧٤ أحكام اقرار العبد وإقرار مولاه	٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل
٢٧٥ بيان من يصح الاقرار له. حكم الاقرار للموارث	وتصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه
٢٧٦ حكم الاقرار بالمثل. فروع في الاقرار للموارث	٢٤٣ خروج الوكيل أو الموكل عن اهلية التصرف
٢٧٧ أحكام الاستثناء في الاقرار وأنواعه	٢٤٤ تعدى الوكيل فيما وكل فيه وأحكامه
٢٧٨ تحقيق معنى الاستثناء لغة وعرفاً والقول بأنه استدراك	٢٤٥ توكيل امرأته لا يفسخ بطلاقها ، توكيل المسلم كافر أصحیح
٢٧٩ فروع في استثناء العين من الورق والعكس	٢٤٦ تلف العين التي وكل فيها يبطل الوكالة
٢٨٠ جواز استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه	٢٤٧ فروع في دفع الغريم الدين إلى الوكيل في القبض
٢٨١ أخوات إلا مثل إلا في الاستثناء بها	٢٤٨ التوكيل في طلاق الزوجة وأحكامه
٢٨٢ بطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق	٢٤٩ شراء الوكيل غير ما وكل في شرائه وأحكامه
٢٨٣ حكم الاستثناء بعد الاستثناء	٢٥١ ملك الوكيل للتصرف الذي يقتضيه اذن الموكل
٢٨٤ فروع في الابدال من المقر به	نطقاً أو عرفاً
٢٨٥ الاخبار بقضاء الدين لا يكون إقراراً به	٢٥٢ فروع في الامور التي لا يملك الوكيل المقدم عليها
٢٨٦ فروع في الاخبار بقضاء الدين مع الاقرار به	٢٥٣ فروع في التوكيل في الشراء
٢٨٨ أحكام رجوع المقر عن إقراره وأنواعه	٢٥٤ بيان ما لا يجوز للوكيل مخالفة الموكل فيه
٢٨٩ فروع في الاقرار بالمغصوب	٢٥٥ حكم ما اذا وكله في الشراء نقداً أو نسيئة
٢٩٠ أحكام الاقرار بالمبهم والمجهول	بأكثر من النقد
٢٩١ الاقرار بالدرهم مطلقاً ينصرف الى الحياد الوافية الحالة	٢٥٦ البيع بأكثر من الثمن الذي عينه الموكل
٢٩٣ الالفاظ التي يحصل بها الاقرار	٢٥٧ فروع في تصرفات الوكيل المخالفة لاذن الموكل
٢٩٤ فروع في الاقرار بدراهم مطلقة ثم تفسيرها	٢٦٠ التوكيل في شراء سلعة موصوفة
٢٩٥ فروع في تكرار المقر به واتباعه بمثله	٢٦١ فروع في الرد بالعيب وثبوتها للوكيل والموكل
	٢٦٣ انتقال الملك من البائع الى الموكل في شراء الوكيل
	٢٦٥ فصول في الشهادة على الوكالة وأحكامها

صفحة	صفحة
وذكر المشيئة بعد الاقرار	٣٣٤ حكم إقرار الابن بأخ له وإنكار النسب بعد
٢٩٧ فروع في حكم الاضراب يبل ولكن	الاقرار
بعد الاقرار	٣٣٥ إقرار المرأة بولدها وحكمه
٢٩٨ فروع مختلفة في الفاظ الاقرار المقبول منها وغيره	٣٣٦ الاقرار بولد من أمة لها ثلاثة أولاد
٣٠١ استثناء مازاد عن النصف غير جائز	٣٣٧ فروع في الاقرار بالمبهم
٣٠٣ الاستدلال على امتناع استثناء مازاد على	٣٣٨ إقرار الوارث بدين على أبيه
النصف	٣٣٩ فروع في إقرار الوارث بدين على أبيه
٣٠٤ استثناء النصف فيه وجهان	٣٤٠ الاقرار ببعض المدعى لاحد المدعين
٣٠٥ استثناء المفسر من المبهم والعكس	٣٤١ لزوم الميمين على من القول قوله لحصمه
٣٠٦ فروع في استثناء المفسر والمبهم	٣٤٢ حكم الاقرار بدين في مرض الموت
٣٠٨ الاقرار بالمال ثم تفسيره بوديعة ونحوها	٣٤٤ أحكام الاقرار للوارث
٣١٠ اختلاف المقر والمقر له في تفسير المقر به	٣٤٥ حكم ما اذا أقر لوارث ثم صار غير وارث
٣١١ فروع في الاقرار بالمبهم ومطالبة المقر بالبيان	٣٤٦ بيان الاقرار لوارث وأجنبي
٣١٢ تفسير المقر لاقراره ومتى يقبل	٣٤٧ اقرار المريض بوارث أو باحبال أمة
٣١٣ أحكام الاقرار بالمجهول وصحته ووجوب	٣٤٨ بيان ما يثبت به الاقرار
تفسيره	٣٤٩ اتباع الاقرار بالمشيئة
٣١٥ الاقرار بالمال مطلقاً وتفسيره بالقليل والكثير	٣٥٠ فروع في الصيغ التي يحصل بها الاقرار
٣١٧ استثناء المبهم وتفسيره	٣٥٣ التعليق في الاقرار . الاقرار بصيغة الشك
٣١٨ بيان ما اذا قال علي كذا أو كذا كذا أو	٣٥٤ (كتاب العارية ومعناها وحكمها)
كذا وكذا	٣٥٥ الاستدلال على أن الاعارة مندوبة غير واجبة
٣٢٠ الاقرار بالرهن وقول المالك انه وديعة	٣٥٦ اشتراط كون العارية مضمونة لا يسقط ضمانها
٣٢١ فروع في اختلاف المقر والمقر له	٣٥٧ جواز الرجوع للمعير متى شاء
٣٢٤ اقرار الرجل بحرية العبد ثم شراؤه له	٣٥٨ ضمان العارية بمثلها وردّها ان كانت باقية
٣٢٥ إقرار أحد الوارثين بأخ أو أخت	٣٥٩ انما تصح العارية من جائز التصرف . اعارة
٣٢٦ إقرار جميع الورثة بنسب من يشاركونهم	كل ما ينتفع به
٣٢٨ فروع في الاقرار بالنسب	٣٦٠ امتناع اعارة العبد المسلم لكافر
٣٢٩ فروع في الاقرار بالوارث	٣٦١ للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله
٣٣٠ إقرار الوارث بمن يحجبه	٣٦٢ أحكام اجارة المعار ورهنه
٣٣١ إثبات الارث والنسب بالاقرار	٣٦٣ فروع في رهن العارية
٣٣٢ الاقرار بالوارث	٣٦٤ جواز اطلاق العارية وتوقيتها
٣٣٣ شهادة الورثة العدول بنسب من يشاركونهم في الميراث	٣٦٥ فروع في رجوع المعير في العارية وحكمه



صفحة	صفحة
٣٩٦ دخول الارض المنصوبة والبيع والشراء فيها	٣٦٨ جواز استعارة الدابة ليركبها
٣٩٧ وجوب رد المنصوب بزيادته وأرش نقصه	٣٦٩ فروع في الانتفاع بالعارية وفي مؤنة ردها
٤٠٠ ضمان نقص القيمة لا يجب على الغاصب	٣٧١ اختلاف رب الدابة وراكبها بين الاعارة والاجارة
٤٠٢ ذهاب بعض أجزاء المنصوب في يد الغاصب	٣٧٢ دعوى الراكب الاعارة ودعوى المالك الغصب
٤٠٣ تصرف الغاصب في المنصوب وحكمه وما ذا يجب عليه ؟	٣٧٤ (كتاب الغصب) ومعناه ودليله من الكتاب والسنة والاجماع
٤٠٥ فروع في تصرف الغاصب في المنصوب بزيادة أو نقص	٣٧٥ تصور غصب الاراضي والدور وضماها
٤٠٦ خلط المنصوب بغيره: حكم كسب المنصوب وغمائه	٣٧٦ ما يضمن به المنصوب . حكم غصب الكلب والخنزير
٤٠٧ وطء الجارية المنصوبة وما ذا يجب على الواطيء الغاصب ؟	٣٧٧ فروع فيما يضمن به المنصوب
٤٠٩ بيع الغاصب للجارية المنصوبة ووطء المشتري لها	٣٧٨ زرع الارض المنصوبة وماذا يجب فيه
٤١٢ وجوب الحد على من استكره الامة على الزنا	٣٧٩ حكم الفرس والبناء في أرض الغير بغير اذنه
٤١٣ اجارة الغاصب للمنصوب باطلة	٣٨٠ فروع في الفرس والبناء في الارض بغير إذن صاحبها
٤١٤ حكم ايداع المنصوب والتوكيل في بيعه	٣٨١ تجصيص الدار المنصوبة وتزويقها وإزالته بطلب صاحبها
٤١٥ حكم هبة المنصوب وبطلان تصرفات الغاصب	٣٨٢ فروع في غصب الارض
٤١٦ الاتجار بالأمان المنصوبة	٣٨٣ وجوب أجرة الارض على الغاصب من حين غصبها إلى تسليمها
٤١٧ وجوب قيمة المنصوب على الغاصب إذا لم يقدر على رده	٣٨٤ فروع في زرع الارض المنصوبة والبناء فيها
٤١٩ وجوب قيمة الولد إذا غصبت أمه حاملاً فولدت في يد الغاصب ثم مات ولدها	٣٨٥ وجوب ضمان نقص الارض المنصوبة
٤٢١ حكم ما إذا كان المنصوب من المثلثات وماذا يجب فيه	٣٨٦ بيان قدر الارش في الجنابة على المنصوب
٤٢٣ وجوب رد المنصوب مع أجرة مثله إن كانت له أجرة	٣٨٨ الجنابة على العبد المنصوب وماذا يجب فيها
٤٢٤ حكم ما إذا غصب شيئاً وشغله بملكه	٣٨٩ حكم جنابة العبد المنصوب وضماها على الغاصب
٤٢٦ ابتلاع البهيمة للجوهرة المنصوبة	٣٩٠ فروع في النقص في عين المنصوب وأحكامه
٤٢٧ دخول رأس الشاة المنصوبة في ققم	٣٩٢ استرجاع الارض المنصوبة وفيها زرع قائم
٤٢٨ وقوع الدينار المنصوب في المحبرة وترقيع السفينة باللوح المنصوب	٣٩٣ فروع في استرجاع الارض المنصوبة إذا كان فيها زرع للغاصب
٤٢٩ خلط المنصوب بما يمكن تمييزه وخلطه بمثله من جنسه	٣٩٥ حكم عمر الشجر المنصوب ودخول الارض المنصوبة
٤٣٠ خلط المنصوب بخير منه أو دونه أو بغير جنسه	

صفحة	صفحة
٤٣١	خاطئ المصوب بما لا قيمة له وحكم صنع الثوب
٤٣٢	فروع في صنع الثوب المصوب
٤٣٣	أقسام صنع الثوب المصوب وأحكامها
٤٣٦	إطعام الطعام المصوب لاجنبي
٤٣٧	فروع في إطعام الطعام المصوب للمالك
٤٣٨	اختلاف المالك والغاصب في قيمة المصوب
٤٣٩	فروع في دعوى ملك المصوب المبيع وإقامة البينة به
٤٤١	أحكام جناية العبد المصوب
٤٤٢	حكم ضمان اتلاف الحمر والخنزير للذي
٤٤٣	حكم اتلاف الحمر والخنزير من مسلم أو ذمي
٤٤٤	وجوب رد الحمر المصوبة من الذمي
٤٤٥	إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده
٤٤٦	كسر آنية الذهب والفضة وأوعية الحمر
٤٤٧	فروع في كسر أوعية الحمر وحكمه
٤٤٨	لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالخمر
٤٤٩	فروع في اتلاف مال الغير أو التسبب فيه
٤٥١	الاتلاف بسبب الجدار المائل وما فيه من الأحكام
٤٥٣	إيقاد النار في ملك الغير. الاتلاف بسبب البهيمة
٤٥٤	وضمانه على من هي في يده
٤٥٤	ضمان ما أتلقت البهيمة من الزرع والشجر ليلاً
٤٥٦	أحكام اصطدام السفينتين وغرقهما بذلك
٤٥٧	الشهادة بالغصب. إلقاء المتاع من السفينة لنجاة من فيها
٤٥٨	حكم دخول الأرض المصوبة إذا كان فيها قريب له
٤٥٩	(كتاب الشفعة) وثبوتها بالسنة والاجماع
٤٦٠	حرمة الاحتياال على اسقاط الشفعة
٤٦١	شروط ثبوت الشفعة وكونها في المشترك المشاع
٤٦٢	الدليل على أن الشفعة لا تثبت للجار ولوملاصفا
٤٦٣	الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً وما يتبعها
٤٦٤	عدم ثبوت الشفعة فيما كان عوضه غير المال كالصداق
٤٦٥	اشتراط كون المبيع مما يمكن قسمته
٤٦٧	الشرط الرابع في ثبوت الشفعة أن يكون شقصاً منتقلاً بعوض
٤٦٨	فروع في كون الشقص منتقلاً بعوض
٤٧٠	عدم ثبوت الشفعة فيما انتقل بعوض غير المال وفيما لا يجب قسمته
٤٧١	لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه
٤٧٢	بيع المريض كبيع الصحيح في ثبوت الشفعة
٤٧٣	فروع في ثبوت الشفعة في بيع المريض
٤٧٤	الامور التي يملك بها الشفيع الشقص
٤٧٥	ملك الشفيع للشقص لا يقتدر الى حاكم
٤٧٦	إقرار البائع بالبيع وإنكار المشتري وثبوت الشفعة في ذلك
٤٧٧	الصحيح ان حق الشفعة على الفور
٤٧٨	الاستدلال على أن حق الشفعة فوري
٤٧٩	فروع في الاخذ بالشفعة وفوريته ووراخيه
٤٨١	أحكام ما إذا أظهر المشتري ان الثمن أكثر مما وقع به العقد
٤٨٢	حكم ما إذا لقي الشفيع المشتري وترك المطالبة بالشفعة
٤٨٣	سقوط الشفعة في حق من باع نصيبه
٤٨٥	ثبوت الشفعة للغائب إذا علم بالبيع في وقت قدومه
٤٨٦	سقوط الشفعة إذا لم يشهد الغائب على مطالبته بها
٤٨٧	فروع في سقوط الشفعة عند ترك الاشهاد على المطالبة بها
٤٨٨	أحكام تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ الشفيع
٤٩٠	تصرف المشتري في الشقص بما لا يجب به الشفعة
٤٩١	جعل الشقص المشفوع صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد

صفحة	صفحة
٤٩٢ تقديم الرد بالعيب على الاخذ بالشفعة	٥١٨ دعوى الشفيع الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه
٤٩٣ تلف المبيع قبل قبضه يطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقا	٥١٩ فروع في دعوى استحقاق الشفعة
٤٩٤ بطلان الاقالة بعد الاخذ بالشفعة	٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة
٤٩٥ ثبوت المطالبة بالشفعة للصغير اذا كبر	٥٢١ اختلاف المتبايعين في ثمن الشقص
٤٩٦ حكم أخذ الولي بالشفعة لموليه	٥٢٢ شراء شقص له شفيهان وادعاء عفو أحدهما
٤٩٧ بيع وصي الايتام لأحدهم نصيبا في شركة آخر وأخذه بالشفعة	٥٢٣ بيان ان تقسيم الشقص على الشفعاء إنما يكون بقدر حصصهم
٤٩٨ عفو الولي عن شفعة الصبي التي له فيها حظ	٥٢٤ فروع في تقسيم الشقص على حصص الشفعاء
٤٩٩ للعامل في المضاربة الاخذ بالشفعة في شقص مال المضاربة	٥٢٧ حكم ما إذا ترك أحد الشفعاء حقه وماذا يفعل
٥٠٠ حكم بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع	الآخرون ؟
٥٠٢ حكم الزرع في الارض المشفوعة ونماء المبيع في يد المشتري	٥٢٨ فروع في ان الشفعة لا تسقط لقيمة الشفعاء
٥٠٣ تلف الشقص المشفوع أو بعضه في يد المشتري	٥٣٠ اذا اشترى رجل شقصاً من رجلين للشفيع أخذ نصيب أحدهما فقط
٥٠٥ اخذ الشقص المشفوع إنما يكون بالثمن الذي الذي استقر عليه العقد	٥٣١ حكم بيع الشقص لثلاثة دفعة واحدة
٥٠٦ استحقاق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد	٥٣٢ تعدد الشقص المشفوع بتعدد الشركاء كدار بين أربعة
٥٠٧ أخذ الشقص بالاجل اذا كان ثمنه مؤجلا	٥٣٤ رجوع الشفيع إنما يكون على المشتري والمشتري على البائع
٥٠٨ ثبوت الشفعة في الشقص إذا بيع مع مالا شفعة فيه	٥٣٥ حكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري
٥٠٩ بيع شقصين من أرضين صفقة واحدة	٥٣٦ انتقال حق الشفعة للورثة اذا طالب بها الميت
٥١٠ عجز الشفيع عن ثمن الشقص يسقط الشفعة	٥٣٧ الاستدلال على ان الشفعة لا تورث عند ترك الميت طلبها
٥١١ امتناع الاحتياال على إسقاط الشفعة	٥٣٨ إلهاد الشفيع على المطالبة بالشفعة
٥١٢ فروع في أنواع الاحتياال لإسقاط الشفعة	٥٣٩ الوصية بالشقص المشفوع
٥١٣ الاستدلال على تحريم الحيل في دين الله تعالى	٥٤٠ حكم شراء المرتد للشقص المشفوع أو رده بعد الشراء
٥١٤ عند اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن يكون القول قول المشتري	٥٤١ اذن الشريك في البيع ثم مطالبة بالشفعة
٥١٥ فروع في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن	٥٤٢ توكل الشفيع في البيع لا يسقط الشفعة
٥١٦ دعوى الشفيع على بعض الشركاء وشراء نصيبه	
٥١٧ ادعاء المشتري ان الشراء لغيره	

صفحة	صفحة
٥٤٣ ضمان الشفيع للعهد واختياره امضاء العقد لا يسقط الشفعة	٥٧٢ كون خيار الشرط لا يثبت في المساقاة
٥٤٤ بيان ما إذا كانت دارين ثلاثة واشترى اجنبي نصيب أحدهم	٥٧٣ فروع في أن المساقاة لا تنقصر الى ضرب مدة على القول بجوازها
٥٤٥ المصالحة على جزء من دار تثبت الشفعة في الباقي	٥٧٤ هروب العامل في المساقاة وكونه أمينا والقول قوله
٥٤٦ شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه وبيعه لاجنبي	٥٧٥ عجز العامل عن العمل . اختلافهما في الجزء المشروط للعامل
٥٤٧ فروع في شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه	٥٧٦ انما يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها
٥٥١ بيان ان الشفعة لا تثبت لسكران على مسلم	٥٧٧ اشتراط دارهم معلومة مع جزء من الثمرة لا يصح
٥٥٢ ثبوت الشفعة للذمي على الذمي وحكمها في أهل البدع	٥٧٨ معاملة العامل في المساقاة لا خر على الأرض والشجر لا تجوز
٥٥٣ ثبوت الشفعة للبدوي على القرمي وسقوطها في سواد العراق	٥٧٩ المساقاة على غرس الشجر والعمل فيه حتى يثمر جائزة
٥٥٤ (كتاب المساقاة) ومنها	٥٨١ ﴿باب المزارعة والخابرة ومعناها﴾
٥٥٥ ثبوت المساقاة بالسنة والاجماع	٥٧٢ المزارعة والخابرة ومعناها
٥٥٦ جواز المساقاة في جميع الشجر المثمر	٥٨٣ الدليل على جواز المزارعة
٥٥٧ عدم جوازها فيما لا ثمرة له كالصفصاف والجوز	٥٨٥ الاستدلال على جواز المزارعة منفردة عن المساقاة
٥٥٨ حكم المساقاة على الثمرة الموجودة هل تصح أم لا	٥٨٨ جواز المزارعة على أرض فيها شجر ساقاه عليه
٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كالتين والزيتون والسكر	٥٨٩ يشترط في المزارعة أن يكون البذر من رب الارض
٥٦١ فروع في الشروط التي تبطل بها المساقاة	٥٩٠ فروع فيمن يجب عليه البذر في المزارعة
٥٦٢ اشتراط الامور التي تبطل بها المساقاة	٥٩١ صحة كون البذر منهما نصفين بشرط أن يكون الزرع بينهما كذلك
٥٦٣ صحة مساقاة أحد الشريكين شريكه	٥٩٢ الشروط التي تمتنع في المزارعة
٥٦٤ صحة المساقاة على البعل من الشجر	٥٩٣ بيان الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة وأقسامها
٥٦٥ بيان ما يلزم العامل عند اطلاق عقد المساقاة	٥٩٤ إذا دفع رجل بذره الى صاحبه الأرض ليزرع في أرضه
٥٦٦ اطلاق عقد المساقاة وماذا يجب فعله على العامل أو المالك	٥٩٥ حكم الحب الساقط اذا ثبت في الأرضين
٥٦٧ كون الجذاذ والحصاد والقاط على العامل	٥٩٦ اجارة الارض خاصة وجوازها بالذهب والووق والعروض
٥٦٨ كون المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة	٥٩٧ اجارة الارض بالطعام وأقسامها وأحكامها
٥٦٩ الاستدلال على أن المساقاة عقد جائز	
٥٧٠ تقدير مدة المساقاة هل هو شرط فيها أم لا ؟	
٥٧١ بيان ما يتقدر به أقل مدة المساقاة	

﴿ الخطأ المطبعي الواقع بالجزء الخامس من المغني والشرح الكبير وصوابه ﴾

صحيفة	سطر	خطأ	صواب	صحيفة	سطر	خطأ	صواب
□	١٦	وآلاتا	وآلاته	٣٠٠	٢٧	لاقرار	خطأ
٢٧	١١	ليس بيع	ليس ببيع	٣٠٢	٢٧	ومشبهه	ومشبهه
٣٦	٧	ملك	ملك	٣٠٧	٢٧	إلى آل لوط	إلى آل لوط
٦٣	٢٠	البائع	البائع	٣٢٤	٢٨	أ ولد	أم ولد
٨٩	٢٧	يضمن	يضمن	٣٢٩	٤	أنكر	أنكر
١١٦	١٣	كيفما	كيفما	٣٤٧	٧	الارت	الارث
١٣٦	٤	رأس المال	رأس مال	٣٧٠	٢٠	إلاردها	إنردها
٢٣٥	١١	نفي الغير فعل	نفي فعل الغير	٣٩٢	٢	نعليا	فعليه
٢٣٦	١٨	توفيته	تفويته	٤٢٩	٢٨	قول ت الجماعة	قول باقي الجماعة



COLUMBIA  
UNIVERSITY  
LIBRARY





[illegible]



COLUMBIA UNIVERSITY



0026815869

DATE DUE

DATE DUE

NOV 23 1982

PRINTED IN U.S.A.

1081556

INSERT

893.799

Ib6  
5

10811526

MAR 3 1936



